VIII Encontro da ANDHEP

“Políticas Públicas para a Segurança Pública e Direitos Humanos”

GT14

Teoria e História dos Direitos Humanos

28 a 30 de abril de 2014

São Paulo – SP

Faculdade de Direito da USP

ISSN: 2317-0255

Direitos étnicos territoriais: o caso do quilombo Santa Rita do Bracuí

Mayara Cristina C. Albano
UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO

Territórios Remanescentes de Quilombos

O racismo histórico contra o negro foi um empecilho para que comunidades e famílias negras regularizassem suas terras durante anos, isso afetou diretamente as comunidades rurais, levando-se em conta as burocracias exigidas para o reconhecimento legal de suas propriedades. Em vista disso, no ano de 1988, cenário do auge de uma conjuntura política que almejava por justiça social e por uma nova legislação, o Brasil reconheceu aos remanescentes das comunidades de quilombos direitos específicos na Constituição Federal, como o direito à propriedade das suas terras a partir do Artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Essa iniciativa vem como reparação às injustiças cometidas no período escravocrata, representa também o resultado de uma mobilização social, reconhecimento da participação política de um povo e afirmação de uma identidade específica. Com isso, o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais versa: “Aos remanescentes das comunidades quilombolas que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos”.

No período do governo Lula foi criado o decreto 4.887 de 20 de novembro de 2003, respaldado na Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre povos indígenas e tribais que caracteriza, para fins legais, o que seria uma comunidade de remanescente de quilombos.

> Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico raciais, segundo critérios de auto atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. (Art. 2)

É válido analisar a importância da auto identificação no que tange ao reconhecimento desses indivíduos enquanto sujeitos da própria definição, uma vez que esse recurso político intenta reparar a anulação da cultura e da participação histórica de um grupo étnico na formação do seu próprio país e sua invisibilidade nas considerações das políticas públicas.

A política legislativa que atende aos povos tradicionais também conta com os aparatos promovidos pela Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT) que incluiu o critério de auto identificação para o processo de identificação dessas comunidades.

> São grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição. (Art. 3º)

Com o intuito de esclarecer as problemáticas advindas com a inclusão do art. 68 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias na Constituição Federal de 1988, as comunidades remanescentes de quilombos são definidas por Silva (1995:98) como “núcleos de resistência contemporâneos, onde o uso e a posse de suas terras se realizam numa simultaneidade de apropriação comum e privada dos seus territórios secularmente ocupados, onde desenvolvem práticas culturais, religiosas de moradia e trabalho, se afirmam enquanto grupo a partir de fidelidade às suas próprias crenças e noções de regras jurídicas consuetudinariamente arraigadas”.

A fixação dessas comunidades pode ter se dado de diversas formas, dentre elas, conforme descreve a Cartilha de Direitos do grupo KOINONIA está a “existência como grupo relativamente unido em torno de um sentimento comum; terem uma relação de posse tradicional sobre um território, ou seja, terem uma relação que leve em conta não apenas o aproveitamento produtivo da terra ou para moradia, mas tenha como base critérios sociais e ecológicos; serem majoritariamente negras e, por isso, estarem associadas à memória ou aos processos históricos de reorganização da população ex-escrava”[1], doação dos territórios feitas pelos senhores aos escravos, como é o caso da Comunidade Santa Rita do Bracuí, sobre o qual este estudo se debruça.

A Constituição Brasileira também resguarda o aos remanescentes de quilombos o direito à manutenção da cultura dentro dos artigos 215 que confere ao

[1] Territórios Negros: Cartilha Direitos. KOINONIA, outubro de 2007.

Estado a proteção das manifestações culturais afro brasileiras, e 216 que considera Patrimônio Cultural Brasileiro a ser promovido e protegido pelo poder público os bens de natureza material e imaterial dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, dentre os quais estão as comunidades negras. Deste modo, estão protegidos por Lei os modos de criar, fazer e viver das comunidades remanescentes de quilombos e qualquer política governamental que seja aplicada e criada em favor desses grupos deverá tomar como princípio suas especificidades.

Para a certificação desses territórios enquanto quilombolas, foi criada em 1988 a Fundação Cultural Palmares (FCP), a certificação é emitida após ser comprovada a autoatribuição coletiva de remanescente de quilombo declarada nas Atas de reuniões realizadas pelos moradores e a partir de relatos científicos sobre a história da formação da comunidade, o Laudo Antropológico. Essa é a primeira etapa para o processo de titulação, e para que essas documentações sejam emitidas, é necessária a representatividade da comunidade através de uma Associação de Moradores.

Vale ressaltar que os remanescentes de quilombos não são grupos homogêneos ou isolados do meio social mais amplo, no campo antropológico a definição de grupos étnicos no qual se enquadram é embasada na definição dada por Barth que compreende os grupos étnicos como “categorias atributivas e identificadoras empregadas pelos próprios atores; consequentemente, tem como característica organizar as interações entre as pessoas”. Deste modo podem-se destacar as ênfases feitas por Barth quanto à expressão grupo étnico enquanto uma população que “em grande medida de autoperpetua do ponto de vista biológico; compartilha valores culturais fundamentais realizados de modo patentemente unitário em determinadas formas culturais; constitui um campo de comunicação e interação; tem um conjunto de membros que se identificam e são identificados por outros, como constituindo uma categoria que pode ser distinguida de outras categorias da mesma ordem” [2].

Considerado historicamente um espaço de afirmação da identidade, as comunidades remanescentes de quilombos se formam a partir de uma herança cultural deixada pela ancestralidade dos ex-escravos nas quais os seus habitantes se socializam a partir da reprodução de costumes culturais que resistiram ao tempo e às transformações sociais, e valores simbólicos e singulares como o desfrute coletivo do território que os mantém numa mesma lógica de sobrevivência. A forma de vida desses grupos, ainda que atualizadas, traduzem a ligação com a memória dos seus

[2] BARTH, Fredrik. Os grupos étnicos e suas fronteiras. In: LASK, Tomke. (Org.). O guru, o iniciador e outras variações antropológicas. Rio de Janeiro: Contra-Capa, 2000, p. 27.

antecessores e explica a insistente defesa pelo reconhecimento de posse coletiva de suas terras.

Antes os territórios de comunidades negras rurais eram identificados como "terra de preto" [3], atualmente esses territórios recebem em sua semântica a historicidade de uma geração sucumbida pelos anos da escravidão e parte de seus prejuízos revistos legalmente pela Constituição Federal, o que reforça nas comunidades remanescentes de quilombo a sua característica principal de espaço de luta e resistência ao poder do povo negro. Segundo Moura, "os quilombos se caracterizam basicamente pela sua conotação radical, como expressão da radicalidade diante do escravismo" [4].

Para além da ideia de um bem material, a terra para esses grupos étnicos tem como valor específico a herança de uma memória em estado contínuo de resgate responsável por situar sua existência, sua genealogia e sua subjetividade em um tempo histórico específico que os incorpora num conjunto de relações sociais. Segundo Haesbaert, "é a percepção de que ele (o espaço /o território) não significa simplesmente enraizamento, estabilidade, limite e/ou fronteira justamente por ser relacional, o território inclui também o movimento, a fluidez, as conexões" [5].

Comunidade Santa Rita do Bracuí [6]

A Comunidade Quilombola Santa Rita do Bracuí situa-se em Angra dos Reis – costa verde do estado do Rio de Janeiro, é cortada pela Rodovia Rio - Santos e se suto intitula remanescente de quilombo devido sua herança histórica e cultural

[3] Sobre o tema, cf.: Alfredo Wagner Berno de Almeida, "Terras de Preto. Terras de Santo. Terras de Índio", in J. Habette & E. M. Castro (orgs.), Cadernos Naea, UFPA, 1989; e Alfredo Wagner Berno de Almeida (org.), Terras de Preto no Maranhão: Quebrando o Mito do Isolamento, São Luís, Centro de Cultura Negra do Maranhão (CCN-MA) e Sociedade Maranhense de Direitos Humanos (SMDH), 2002.

[4] MOURA, Clovis. Formas de resistência do negro escravizado e do afro descendente. In: Kabengele Munanga (Org) O negro na sociedade brasileira: Resistência, participação, contribuição. História do negro no Brasil. V. Brasília – DF.: 2011, p. 32.

[5] HAESBAERT, Costa, Rogério H. da. Concepções de territórios para entender a desterritorialização. Território, territórios. Ensaios sobre o ordenamento territorial. Milton Santos...[et al.]. – 3.ed. 1. Rio de Janeiro. : Lamparina, 2011, p.56.

[6] As informações que se seguem são frutos de uma pesquisa etnográfica feita na Comunidade Santa Rita do Bracuí pela pesquisa "O Quilombo na Escola: Etnografando as relações entre comunidade e escola na aplicação da Lei 10.639", orientada pela Professora Drª Luena Nascimento Nunes Pereira (Antropóloga atuante na UFRRJ), pela qual fui orientada entre 2011 e 2012. A pesquisa foi financiada pelo CNPq - PIBIC.

sustentada pela tradição oral que retrata o tempo em que ainda era uma fazenda escravocrata. Antes de se formar enquanto comunidade remanescente de quilombo, Santa Rita do Bracuí era uma das fazendas de propriedade do comendador José Joaquim de Sousa Breves, conhecido como José Breves, um reconhecido senhor de escravos e irmão de Joaquim Breves, denominado “Rei do café no Brasil Imperial”.

Em “reconhecimento” ao trabalho dos seus escravos e em virtude de não ter gerado herdeiros em seu casamento com sua sobrinha Rita Clara de Moraes Breves, deixou em seu testamento feito em 1877 e aberto em 1879 a deixou como herança 260 alqueires de terra, além da autorização para que fossem libertos todos os seus escravos nascidos em todas as suas fazendas e sob seu domínio até o dia 28 de setembro de 1981, sob a condição de continuarem prestando serviços nas respectivas fazendas até que os legados de seu testamento fossem cumpridos.

Anos depois e já sobre a posse da terra, a construção da Rodovia Rio-Santos foi determinante para um dos problemas que os futuros herdeiros do território eventualmente enfrentariam. Por ser envolvida pelo Rio Bracuí, a Comunidade Santa Rita do Bracuí foi alvo de pressões para empreendimentos turísticos a partir de 1975 por empresas imobiliárias que, por vezes, submetiam os moradores a intimidações, proibição de plantio nas terras e implantação de barragens ao longo do Rio Bracuí.

Uma das empresas, diante de um processo de reivindicação das terras iniciado pelos moradores da comunidade através da FETAG-RJ, apresentou uma escritura de 320 alqueires vendido por um dos herdeiros do território no início do século XX. Em meio às dificuldades de lidar com a burocracia, dificuldade de comprovar que os moradores eram os herdeiros do senhor Breves e com a ausência de Lei que resguardasse o direito desses moradores, a empresa em questão saiu vitoriosa no processo e apenas cinco famílias conseguiram comprovar que eram herdeiros do território, o que impediu a posse coletiva das terras.

A pressão sofrida pelas imobiliárias e a falta de clareza das documentações acabaram servindo como impulso para que muitos dos moradores vendessem suas terras a baixo custo ou simplesmente as abandonaram a troco de pequenas indenizações. A dificuldade de comercialização do plantio, a fragmentação do terreno devido à distribuição entre os filhos dos herdeiros (o quilombo conta com cerca de 70 famílias) e os desgastes ocorridos nos embates com as empresas imobiliárias acabaram fazendo com que as terras fossem utilizadas atualmente somente para moradia.

A falta de aparato Legal que protegesse e orientasse os moradores de comunidades rurais contribuiu para que estes, na época, fossem facilmente ludibriados pelas grandes empresas e até mesmo pela Prefeitura local. Essa problemática é

sentida pelos moradores mais antigos que, em sua maioria, não puderam completar ou iniciar o processo de alfabetização escolar, o que os tornou mais vulneráveis para as investidas das imobiliárias. Em entrevista feita em 2012 com o senhor José Adriano de 86 anos, o morador mais antigo da comunidade, ele comenta quando perguntado sobre as terras doadas aos seus antecessores: “Se eu tivesse escrita, não teria perdido minhas terras a preço de banana para as mãos da gente branca” [7].

Uma das consequências dessas ocorrências foi a ida de imigrantes (pessoas não quilombolas) para a comunidade que aproveitaram as ofertas de terras oferecidas na ocasião para comprar e morar, alugar ou revender. Além do choque cultural causado, a divergência de interesses em relação a propriedade por parte de alguns dos novos moradores, fomentou alguns entraves com a Prefeitura e entre os próprios remanescentes. Enquanto alguns remanescentes queriam manter a área com aspecto rural, os imigrantes e até mesmo alguns familiares dos membros da comunidade, somavam força junto a Prefeitura na investida em revitalização do território para torná-lo mais atrativo turisticamente devido sua peculiaridade histórica e beleza natural. Isso implicava em asfaltamento das estradas de terra, para facilitar a circulação de carros e iluminação das ruas.

A exposição desse processo enfrentado, em geral, pelas comunidades rurais, retratam a grande e determinante importância do Artigo 68 da Constituição Federal ao garantir a essas populações suportes para a posse coletiva de suas terras.

Após o reconhecimento legal proposto pela Constituição Federal e sob o reconhecimento dessa conjuntura histórica da Comunidade de Santa Rita do Bracuí, a Fundação Cultural Palmares reconheceu a comunidade enquanto Remanescente de Quilombo em 1999, o processo está no INCRA. A partir daí, os problemas enfrentados pela comunidade foram mais diretamente ligados às divergências de interesses entre os moradores com relação a titulação das terras. Para além das questões legais, o quilombo enfrenta também a problemática do preconceito racial, atrelado a auto aceitação enquanto quilombola em ambientes externos à comunidade.

Associação de Moradores – ARQUISABRA

Com o reconhecimento do território, os moradores se mobilizaram para a formação de uma Associação de Moradores que representasse a comunidade nos processo jurídicos e burocráticos na luta pela posse coletiva da terra, assim, em 26 de

[7] Entrevista feita no dia 22 de novembro de 2012.

fevereiro de 2005 foi formada a Associação de Remanescentes do Quilombo Santa Rita do Bracuí - ARQUISABRA, cuja sede ainda está em obras.

[8]

A ARQUISABRA é composta e organizada pelos próprios moradores da comunidade, atualmente é coordenada por Emerson Ramos, um dos jovens da comunidade. A auto-organização também é um fator importante na relação entre a comunidade e sua identidade, pois lhe confere a possibilidade de estarem sempre se socializando, assim como o poder de decidirem por conta própria a forma mais adequada às suas singularidades de se organizarem.

O cargo de presidente até a terceira geração foi feito por eleição, porém, no caso do então presidente, ele foi o único que se candidatou. A comunidade não participou nem votando, tão pouco se candidatando; houve recolhimento de assinaturas para garantir que toda comunidade estivesse certificada da ocupação do cargo por parte do Emerson Ramos.

Dificuldades enfrentadas pela ARQUISABRA

A ARUISABRA teve de lidar com dois grandes problemas ao iniciar a luta pela titulação das terras e ao definir legalmente a comunidade como remanescente de quilombo. O primeiro deles foi a rejeição por parte da comunidade à ideia da titulação, posto que, sendo considerada uma extensão da historicidade desse grupo étnico, os territórios que são titulados como quilombolas são considerados uma herança coletiva, não podendo ser comercializado. É prescrito pelo INCRA:

> Os territórios quilombolas são titulados de forma coletiva e indivisa, ou seja, o território titulado - que já não era desmembrado – continua não podendo sê-lo posteriormente. Tal medida se dá em proveito da manutenção desse território para as futuras gerações. É uma terra que, uma vez reconhecida, não será vendida, quer na sua totalidade, quer aos pedaços [9].

A impossibilidade de comercialização frustrou alguns moradores que planejavam vender seus terrenos e deixou em pior situação os imigrantes que, numa eventual

[8] Foto da Sede da ARQUISABRA, tirada em Janeiro de 2012.

[9] INCRA, Instituto de Colonização e Reforma Agrária. Territórios Quilombolas Relatório 2012, Brasília – DF, 2012. 25p. Disponível em: http://www.incra.gov.br/index.php/estrutura-fundiaria/quilombolas>.

requisição do território por parte de quem o vendeu, seriam obrigados a devolver o terreno devido a ilegalidade da negociação.

A eminência das consequências da titulação teve como consequência um crescimento no número de imóveis a venda dentro da comunidade, isso foi percebido em uma das idas a campo, nas quais foi observado um grande número de casas com placas anunciando a venda. Dois moradores foram entrevistados e perguntados quanto a isso. Um deles foi um dos netos do senhor José Adriano e respondeu o seguinte: "os imigrantes ao saberem da titulação querem passar a casa para outras pessoas. Geralmente nem conseguem vender porque quando chega algum comprador e se informa sobre a questão da titulação logo desiste".

A Comunidade Santa Rita do Bracuí conta com uma segunda Associação de Moradores, não se sabe ao certo a ordem cronológica em virtude da falta de acesso aos documentos que possibilitassem saber qual das duas associações se formou primeiro, mas o que interessa para este trabalho é grifar o intuito dessa segunda associação presidida até então por um senhor da comunidade que também se identifica como quilombola, mas se coloca contra a titulação das terras por ter interesse em vender seu terreno e se mudar. Uma das atas de reunião que ele mostrou datava do dia 22 de março de 2003. Segundo ele, essa Associação é representada por quatorze moradores sendo apenas quatro deles imigrantes, e reclama que "não pode fazer nada na área por causa do quilombo... O asfalto traria melhoria para a comunidade, mas aqui a gente não tem liberdade nem de cortar um pé de pau por causa do IBAMA... Nos outros quilombos as pessoas vivem de pesca e plantação, quase ninguém trabalha fora" [10].

A segregação entre os membros da comunidade em virtude da proibição da comercialização acaba refletindo nas relações interpessoais e gerando problemas na comunicação entre eles. O presidente da associação alega que: "eu, quando faço as coisas ponho cartaz até lá na pista pra todo mundo ficar sabendo. O quilombo tem direito a ter alguém da comunidade na Universidade do Rio, mas só quem está estudando é o pessoal da diretoria deles", referindo-se à equipe da ARQUISABRA.

Quando perguntado sobre o que ele achava ter sua comunidade com uma identidade quilombola: *"Isso aqui nunca foi quilombo, existem muitas terras que moravam escravos e nem por isso é quilombo"*, segundo ele, a razão da comunidade se identificar assim é *"porque entra muito dinheiro e é mais fácil de ganhar as coisas".*

Questão racial e identidade quilombola

O outro problema enfrentado pela ARQUISABRA foi a questão racial somada a identidade de remanescente de quilombo, um racismo que interfere mais diretamente na visão dos jovens sobre si mesmos e que se reflete nas relações sociais externas ao quilombo.

A identificação com um grupo étnico que tem sua vivência distinta da hegemonia social coloca o indivíduo numa sensação de constrangimento, em exposição. Para tanto, desconsidera-se o pertencimento a uma categoria e alimenta-se o desejo de não ser notado enquanto negro quilombola, descendente de escravos. Falar da própria pele e do próprio povo é sujeitar o negro a percepção de seu pertencimento, o qual sua cultura branca se esforça para manter a discrição.

[10] Entrevista realizada no dia 24 de janeiro de 2012.

> O preconceito de cor nada mais é do que a raiva irracional de uma raça por outra, o desprezo dos povos fortes e ricos, por aqueles que eles consideram inferiores, e depois o amargo ressentimento daqueles que foram oprimidos e frequentemente injuriados [11].

Sua marca, a pele, traduz todos os encargos históricos que lhe coloca na mira da discriminação, como se expressa na citação de Sir Alan Burns.

> O preconceito de cor nada mais é do que a raiva irracional de uma raça por outra, o desprezo dos povos fortes e ricos, por aqueles que eles consideram inferiores, e depois o amargo ressentimento daqueles que foram oprimidos e frequentemente injuriados. Como a cor é o sinal exterior mais visível da raça, ela tornou-se o critério através do qual os homens são julgados, sem se levar em conta as suas aquisições educativas e sociais [12].

Em campo pôde ser observado que a relação com a identidade de remanescente de quilombo não era algo homogêneo, como explicado anteriormente, alguns dos moradores não estavam de acordo com a legitimação do território e em seus discursos isso se explicava pelo estigma que essa definição carrega em sua semântica. Identificar-se enquanto quilombola é reconhecer-se como parte de um grupo étnico que fora socialmente subjugado a objeto na construção da própria história. Nessas conjunturas, até mesmo o ato de ter de se mobilizar em busca de um reconhecimento público até então desconsiderado, pode representar a lembrança de um processo histórico que encurralou o negro às sucessivas provas de sua suposta inferioridade diante do branco. Na fala de um dos jovens da comunidade essa impressão fica bem clara: “então além de eu ser negro ainda vou ter que ser quilombola?” [13].

Em entrevista com primeiro presidente da ARQUISABRA, esse questionamento foi levantado e o que se percebe é que fora da limítrofe da comunidade e em espaços como a escola, por exemplo, alguns dos moradores sentem grande constrangimento a serem identificados como quilombolas: “o termo quilombola caiu como uma pedrada na cabeça”, diz ele, “através de algumas conquistas (promovidas pela ARQUISABRA) mais pessoas tem se interessado em saber o que é quilombo”.

Iniciativas da ARQUISABRA

A partir da formação da ARQUISABRA a comunidade teve acesso a diversos projetos destinados aos remanescentes propostos por programas governamentais como o Programa Brasil Quilombola, criado em 2004 [14]. Este programa em específico busca inteirar a cultura quilombola na agenda social e cultural das diversas Secretarias e Ministérios do governo. O objetivo desses projetos está ligado às mudanças de posturas internas da própria comunidade atendida e mudanças de posturas e de abordagens internas ao próprio Estado e buscavam trabalhar a valorização da cultura

[11] DU BOIS, W.E.B., As almas da gente negra. Tradução e introdução Heloísa Toller Gomes. Lacerda Ed. 1999, p. 110.

[12] Sir Alan Burns, Le préjugé de race et couleur, Payot, p. 14.

[13] No ato das pesquisas de campo, foram feitas entrevistas com jovens da comunidade a respeito da sua relação com a identidade quilombola.

[14] ARRUTI, José Maurício. Caminhos Convergentes **–** Estado e sociedade na superação das desigualdades raciais no Brasil.

negra e da identidade quilombola. Os projetos dentro da comunidade também são coordenados pelos próprios moradores, como a capoeira, oficina de cine debate e o Jongo.

Essas atividades possibilitam a socialização entre os jovens da comunidade e a ARQUISABRA, são espaços onde se dividem experiências, dúvidas e conhecimentos. As oficinas são acompanhadas de conversas e debates nos quais são explicados os objetivos das atividades e são debatidas as questões da identidade quilombola. As oficinas são voltadas para o público jovem, para que os valores dos antigos sejam compartilhados com a nova geração.

Inicialmente as oficinas tinham um número de público bem reduzido, os jovens em geral não se interessavam e, em muitos casos, devido à segregação entre os moradores, algumas famílias não permitiam que seus jovens frequentassem as oficinas. Isso se dá também pelo fato da comunidade ser em sua maioria pertencente às religiões cristãs como a católica e a evangélica, o que gera preconceitos por se tratar de atividades que se remetem à cultura de matriz africana, como o Jongo e a Capoeira.

Relação escola e comunidade

Um dos mecanismos adotado pela ARQUISABRA para reverter o cenário que coloca a identidade quilombola como uma característica negativa tem sido a tentativa de aproximação da escola que atende seus jovens e adultos. A ideia é levar as atividades da associação para dentro das escolas e quebrar com os tabus criados ao longo dos anos acerca dessa identidade, ao mesmo tempo que promove a valorização da cultura negra.

Um dos primeiros passos é a exigência da aplicação da Lei 10.639/03 que torna obrigatório o ensino sobre e história e cultura afro brasileira nas escolas [15], a ideia é que se aproveitem os espaços do quilombo e sua história para tornar a aprendizagem mais rica e os lações entre a escola e a comunidade mais estreitos.

A instituição escolar que atende aos remanescentes é a Escola Áurea Pires da Gama, que fica na fronteira da estrada Rio-Santos. Ela foi criada pelo decreto estadual n°1596 de 11 de setembro de 1972. Atualmente atende cerca de 1153 alunos do Ensino Fundamental e Educação de Jovens e Adultos (EJA), segundo informações consultadas no site da escola.

A Professora Elisa, diretora da escola Áurea Pires da Gama nos anos 1990, foi entrevistada a fim de expor como se dava a relação entre a comunidade e a escola na época em que a dirigia. A professora Elisa foi uma figura emblemática para comunidade no que diz respeito à relação com a escola, por sua relação de amizade com seus moradores e devido aos seus trabalhos que valorizavam a história da comunidade enquanto território quilombola, fazendo deste tema a base de seu projeto político pedagógico.

A ex diretora aproveitou o fato de ter em sua equipe de funcionários moradores do quilombo e usou isso como ponte para se chegar à comunidade, ela promovia espaços festivos para que a comunidade pudesse sempre estar em contato com a escola, diz ela em entrevista: “Nós estamos à frente da escola porque a gente tinha

[15] Artigo 26: Nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, torna-se obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira.

um conhecimento, mas não desprezava o conhecimento da comunidade, então isso fez com que eles sentissem que o local era aquele de conversar, de entrar, de dar opinião. A gente já teve vários embates com pessoas da comunidade, mas quando elas não conheciam a escola. A partir do momento que elas entraram para o conselho da escola e começaram a ver como que era a rotina da escola, o que a escola quer para comunidade, ai sim a gente rompeu com uma certa distância, com uma certa crítica negativa, a crítica depois foi uma crítica propositiva".

Entre outras coisas muito importantes, a professora explica que quando se aproximou da comunidade, em aproximadamente 1990, percebeu que tinha certa carência de atenção do poder público, o que a levou a incentivar seus membros a mobilizarem-se: "Com o trabalho dessa coisa do estudo da realidade, a gente começou a trabalhar isso com os alunos em sala de aula, "*o poder público está deixando a comunidade de lado, ou é a comunidade que não está correndo atrás dos seus direitos?"* A gente começou a trabalhar isso com os alunos e lógico, em reunião pedagógica com os pais.".

A escola foi sede das reuniões da Associação dos Moradores de Santa Rita do Bracuí, e começou a abrigá-las por iniciativa da professora Elisa que teve que deixar seu cargo de diretora da Escola em 2004, mudando-se para Escola Cleuza Jordão.

A mudança da direção mudou também a prática pedagógica da escola e suas prioridades, essa mudança não foi bem aceita entre os moradores da comunidade, isso se percebe em uma entrevista feita com um ex aluno da escola, hoje já adulto, quando ele expõe seu descontentamento com a atual perspectiva da escola: "os professores anteriores davam educação psicológica e moral. Hoje em dia às vezes, muito raramente, os professores trazem os alunos para passearem pela comunidade, mas só levam até o rio, não contam a história da comunidade".

A escola, enquanto um espaço de formação de pensamentos acaba tendo papel fundamental na formação dos jovens da comunidade e, reconhecendo esse papel, a Associação tem tentado aproximar-se da direção atual da escola para que a cultura quilombola tenha espaço nos seus planejamentos e para que as atividades oferecidas pela ARQUISABRA possam ser oferecidas dentro da escola, isso possibilitaria a relação entre os demais alunos da escola e a cultura que cerca o seu local de aprendizagem.

O Jongo como herança e resgate cultural

O Jongo teve registro como Patrimônio Cultural e Imaterial do Brasil pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) em 2005. A pesquisa sobre o jongo no Brasil foi iniciada por antropólogos do Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular (CNFCP), tendo como resultado o registro e reconhecimento. Foi a primeira manifestação de canto, dança em roda e percussão de tambores de comunidades de origem afro brasileiras encontradas no Sudeste. Hebe Mattos explica a razão de seu reconhecimento em seu texto:

> "Destacou-se a sua representatividade na tão propalada tese da "multifacetada identidade cultural brasileira", conforme termo dos próprios documentos produzidos pela pesquisa do IPHAN. Também foram valorizados o seu papel representante da resistência afro brasileira, na região Sudeste, assim como o

> seu caráter de referência cultural coo remanescentes do legado dos povos africanos de língua bantu [16] escravizados no Brasil".

A atividade mais bem sucedida da ARQUISABRA foi a oficina de Jongo que era praticado pelos anciãos da comunidade e agora tem sido resgatada pela geração atual, o que a torna uma das heranças culturais mais emblemáticas dos remanescentes de quilombos. Coordenado por Luciana Adriano, neta do senhor José Adriano, o Jongo é a oficina mais frequentada pelos jovens da comunidade e, também nesses espaços, a dança é acompanhada de discussão e reflexão sobre as questões concernentes ao quilombo.

A ideia do resgate do Jongo foi trazida para comunidade por volta de 1994 e 1995, e nesta mesma época começou a ser pensada e planejada pelos futuros membros da ARQUISABRA. Além de fomentar a discussão dentro da comunidade sobre a historicidade e sobre a importância que a dança tem para a cultura quilombola, o Jongo ampliou a visão dos jovens da comunidade com relação a sua identidade. O resultado desse projeto, além da aproximação estabelecida entre jovens e idosos e entre os jovens e a ARQUISABRA, foi a disposição para se aprofundar na cultura dos seus antepassados e perceber-se como fruto de uma luta.

Ao longo dos anos e com a insistência da coordenadora em manter o projeto, a dança foi ganhando espaço dentre as predileções desses jovens que recebem convites de muitos espaços para se apresentarem até mesmo fora da cidade. Houve a percepção da beleza de sua cultura. Segundo Luciana Adriano, hoje "os jovens além de se aceitarem sabem se defender".

A manifestação cultural que antes tinha como cenário as fazendas das antigas senzalas, nas quais os negros se juntavam para dialogar através de cantos suas experiências e aflições em forma de resistência, até os dias de hoje cumpre seu papel de socialização dentre os moradores da Comunidade Santa Rita do Bracuí, e pelos anos que atravessou, cumpre também o papel simbólico de resistência, valores que agora tem sido transmitido, absorvidos e reproduzidos pelas gerações mais novas com todo seu peso histórico e responsabilidade cultural.

Considerações finais

O Quilombo Santa Rita do Bracuí se caracteriza pela luta pela titulação e posse coletiva das suas terras e sua história tem em seu próprio desfecho a importância que o artigo 68 da Constituição Federal tem no reconhecimento da anulação histórica que os grupos étnicos sofreram ao longo da história política, social e cultural do Brasil. A ligação de parentesco e a transmissão da tradição cultural também esboçam sua singularidade. Para além das questões legais, as relações raciais travadas ao longo da história se refletem mais nitidamente nesses espaços de afirmação no qual as categorias étnicas dependem de um esforço maior para tomarem posse dos seus direitos.

O processo de titulação dos territórios quilombolas permeia diretamente a temática da identidade negra e consequentemente envolve as relações raciais estabelecidas na sociedade brasileira. Desde o primeiro procedimento que é o reconhecimento da noção de lugar dentro de um período histórico até o momento em que a afirmação pública é dada às comunidades, os remanescentes transcendem a noção de lugar diante da sociedade que tinham até o presente momento, o que fica mais claro com a exposição de Hebe Mattos:

> A identificação coletiva é sempre processo e construção e só pode ser entendida levando em conta contextos históricos e

[16] Bantu era o idioma dos grupos africanos vindo dos países que hoje são nomeados por Angola e Moçambique, foram trazidos ao Brasil pela consta do Sudeste na metade do século XIX.

> políticos. Tanto o silêncio sobre a cor como ética social, quanto sua reivindicação, hoje, como bandeira de luta, são frutos diferentes da presença difusa do racismo na sociedade brasileira em suas complexas relações com a memória do cativeiro [17].

Temos, portanto, o percurso por uma historicidade que mesmo fragilizada, em condições de conflitos desfavoráveis, se constitui em condições históricas que reclama por uma unidade, atrelando isso a um compromisso com um contexto social que familiariza toda uma população étnica. A formação de uma identidade vem, portanto, dessa identificação com as raízes históricas em comum que com o passado se apagou, mas que existe, e por isso se retoma nele sua cultura, sua intelectualidade, sua beleza e humanidade, no intuito de revelar o seu valor. A partir de tal percepção, abre-se espaço para que o lugar histórico de uma identidade seja assimilado pelo grupo étnico em questão.

A memória do cativeiro, o resgate de uma cultura e o auxílio na Constituição Federal através dos mecanismos legais que este aparato hoje oferece para as comunidades rurais são os mecanismos acionados pela ARQUISABRA para promover o reconhecimento e uma unidade identitária para os membros de sua comunidade. Ao mesmo tempo, as Leis instituídas voltadas para esses grupos específico são reflexo do esforço das lutas territoriais organizadas e, mais do que isso, a continuidade do processo da luta por igualdade racial.

Atualmente, a associação ainda enfrenta problemas dentro da comunidade, mas através dos projetos calcados pela ARQUISABRA, conta com maior apoio dos jovens que hoje, tanto dentro da comunidade como nos espaços externos a ela, se identificam como “os quilombolas do Quilombo do Bracuí”, como fazem questão de ser referidos.

Referências Bibliográficas

[17] MATTOS, Hebe. “Remanescentes das comunidades dos quilombos”: memória do cativeiro e políticas de reparação no Brasil

Alfredo Wagner Berno de Almeida, “Terras de Preto. Terras de Santo. Terras de Índio”, in J. Habette & E. M. Castro (orgs.), Cadernos Naea, UFPA, 1989; e Alfredo Wagner Berno de Almeida (org.), Terras de Preto no Maranhão: Quebrando o Mito do Isolamento, São Luís, Centro de Cultura Negra do Maranhão (CCN-MA) e Sociedade Maranhense de Direitos Humanos (SMDH), 2002.

ARRUTI, José Maurício. 2009. Caminhos Convergentes: Estado e Sociedade na Superação das Desigualdades Raciais no Brasil. 110 p.

BARTH, Fredrik. Os grupos étnicos e suas fronteiras. In: LASK, Tomke. (Org.). O guru, o iniciador e outras variações antropológicas. Rio de Janeiro: Contra-Capa, 2000

CALDEIRA, Tereza Pires do Rio. Novos Estudos CEBRAP, nº 21. 1988. A presença do autor e a pós modernidade em Antropologia. P. 133 – 157.

DU BOIS, W.E.B., As almas da gente negra. Tradução e introdução Heloísa Toller Gomes. Lacerda Ed. 1999. P. 5 – 91.

Escola Municipal Áurea Pires da Gama – Angra dos Reis / RJ
Ver http://www.escolaemacao.org.br/Publico/Default.aspx
Acesso em 26 de Março de 2014.

FANON, Frantz. Pele negra, máscaras brancas. Tradução de Renato Silveira. – Salvador. EDUFBA, 2008. P. 103.

HAESBAERT, Costa, Rogério H. da. Concepções de territórios para entender a desterritorialização. Território, territórios. Ensaios sobre o ordenamento territorial. Milton Santos...[et al.]. – 3.ed. 1. Rio de Janeiro. : Lamparina, 2011.

INCRA, Instituto de Colonização e Reforma Agrária. Territórios Quilombolas Relatório 2012, Brasília – DF, 2012. 25p. Disponível em: http://www.incra.gov.br/index.php/estrutura-fundiaria/quilombolas>

MATTOS, H. ; ABREU, M. ; SOUZA, M. A. ; COUTO, P. B. Relatório Antropológico de Caracterização Histórica Econômica e Sócio-Cultural do Quilombo de Santa Rita do Bracuí. 2009. 118 p. Universidade Federal Fluminense, Niterói. 2009.

MATTOS, Hebe. “Remanescentes das comunidades dos quilombos”: memória do cativeiro e políticas de reparação no Brasil

MOURA, Clovis. Formas de resistência do negro escravizado e do afro descendente. In: Kabengele Munanga (Org) O negro na sociedade brasileira: Resistência, participação, contribuição. História do negro no Brasil. V. Brasília – DF.: 2011.

NEGROS, Territórios: Cartilha de Direitos. Os Quilombos da História e Os Quilombos do Presente. 2007.

O’DWYER, Eliane Cantarino. QUILOMBOS Identidade Étnica e Territorialidade. p. 83 – 221. cap. II, III e V. Editora: FGV Editora.

Sir Alan Burns, Le préjugé de race et couleur, Payot, p. 14.

Territórios Negros: Cartilha Direitos. KOINONIA, outubro de 2007.

Sociologia dos direitos humanos: diferenciação funcional e experimentalismo democrático[1]

Lucas Fucci Amato (USP)

Resumo: O trabalho procura comparar as potencialidades de compreensão dos direitos humanos a partir da teoria dos sistemas sociais autopoiéticos de Niklas Luhmann e da teoria social construtiva de Roberto Mangabeira Unger. Em Luhmann, os direitos fundamentais foram observados como instituições emergentes da própria diferenciação funcional, ou melhor, como garantias dessa própria diferenciação – especialmente, como limitações do poder político contra uma desdiferenciação politizante dos demais âmbitos comunicacionais da sociedade. É o caso típico dos direitos civis e liberdades públicas. Todavia, a obra de Luhmann sobre o tema, datada de 1965, pouco revela os desdobramentos posteriores do pensamento luhmanniano nas três décadas seguintes. Daí a potencialidade de releituras dessa análise. É o caso dos trabalhos de Gunther Teubner e Marcelo Neves, que buscam estender teoricamente a instituição "direitos humanos" para além do âmbito político, das constituições nacionais e das ordens jurídicas estatais. De outro lado, a teoria social de Mangabeira Unger propõe: como método, a compreensão de alternativas sociais; como tarefa do pensamento jurídico, a imaginação institucional; como ferramenta da mudança, as reformas revolucionárias. Nesse contexto, Unger teoriza uma reformulação dos direitos humanos e um novo sistema de direitos (direitos de desestabilização, de solidariedade, de mercado e de imunidade), apto a provocar o experimentalismo democrático.

Palavras-chave: sociologia dos direitos humanos; Niklas Luhmann; Roberto Mangabeira Unger.

1. Introdução

O campo da sociologia dos direitos humanos e/ou fundamentais[2] é de recente desenvolvimento. Tem-se considerado (MADSEN; VERSCHRAEGEN, 2013, p. 2; VERSCHRAEGEN, 2013, pp. 61-2) que tal atraso na elaboração de uma perspectiva sociológica sobre esse objeto é devido à posição que os pensadores clássicos deram aos direitos do homem em suas construções teóricas: ora como resquícios de um "encantamento" anterior ao formalismo burocrático (Weber), ora como ideologia capaz de difundir imagens

[1] Este trabalho apresenta sinteticamente alguns dos pressupostos e diretrizes de minha tese de doutorado em filosofia e teoria geral do direito, em desenvolvimento na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). O tema da tese é *Imaginação constitucional: direitos humanos, cultura e desenvolvimento a partir de Luhmann e Unger*.

[2] Tratarei aqui os termos direitos humanos e direitos fundamentais indiferentemente, por não caberem delimitações teóricas e históricas precisas. Uma das razões para a referência comum desses termos contemporaneamente se dá não apenas pela internacionalização dos direitos (com a classificação dos direitos fundamentais como constitucionais-nacionais, e dos direitos humanos como internacionais), mas também por sua inserção em outros tipos de ordem jurídica, como autorregulações privadas e a ordem supranacional europeia. Sobre isso, cf. Neves, 2009.

falsas a velar a dominação econômica e política (Marx). Afinal, parece que mesmo as grandes descrições da modernidade de que dispomos ainda hoje levaram longe demais o sentido unívoco e irrefreável que diagnosticaram na história moderna, como desencantamento ou como evolução das bases econômicas que levaria à exposição crua do interesse e do poder e ao desfazimento de tudo o que é sólido (cf. UNGER, 2012, p. 113). De outro lado, mesmo os diagnósticos que ultrapassaram séculos não conseguiram se livrar de sua contextualidade histórica: não era fácil antever em que os direitos humanos se transformariam, enquanto construção do direito positivo, mecanismo de institucionalização política e fórmula de expressão de demandas sociais. Afinal, os sociólogos clássicos escreveram em uma época em que as declarações de direitos tinham seu sentido situado entre o moral e o político e suas bases teóricas no jusnaturalismo e no contrato social (não obstante, cabe explorar a hipótese – aqui não aprofundada – da co-originariedade e co-evolução entre a imaginação sociológica e a imaginação constitucional, ou entre as semânticas da sociologia e do constitucionalismo).

Este artigo pretende justamente mapear algumas possibilidades de descrição e construção dos direitos humanos a partir de dois autores – o alemão Niklas Luhmann (1927-1998) e o brasileiro Roberto Mangabeira Unger (n. 1947) – que têm como projeto teórico explícito (LUHMANN, 2012, pp. xi-18; UNGER, 1975, pp. 1-28; 1976, pp. 1-46; 1987a, pp. 1-17) a elaboração de uma grande descrição da sociedade, aos moldes dos clássicos e como alternativa às narrativas que estes nos legaram (especialmente, ambos tomam Marx como o grande paradigma e pretendem elaborar alternativas radicais ao marxismo – UNGER, 1987, pp. 1-17; LUHMANN, 1995, p. I; 1987). Ambos, ademais, compartilham a explicação social em termos evolutivos e funcionais (cf. LUHMANN, 2012; 2013; UNGER, 1987).

A linha de construção deste artigo parte de um paralelo entre, de um lado, dificuldades explicativas da sociologia clássica e propostas de compreensão avançadas por Luhmann e Unger e, de outro, possibilidades teóricas e programáticas de uma teoria social dos direitos humanos.

2. Sociologia da sociedade e sociologia dos direitos humanos: obstáculos e possibilidades

Ao propor projetos de reconstrução conceitual e explicativa da sociedade, como objeto mais abrangente e definidor da sociologia, Luhmann e Unger destacam a redefinição ou superação de algumas explicações e métodos que, correntes nos discursos sociológicos ou não sobre a sociedade, constituem simultaneamente pressuposições a serem exorcizadas por uma devida terapia metodológica e epistemológica. Em alguns casos trata-se problemas já notados e trabalhados pelos sociólogos clássicos ou por seus seguidores, ainda que não se tenha obtido o sucesso necessário em solucioná-los, aos olhos de Luhmann e de Unger. Elencando 12 problemas conceituais a serem tratados e solucionados por estes autores, podemos sintetizar o eixo complementar de suas construções teóricas como os *12 trabalhos*

de Luhmann e Unger. Os obstáculos são concebidos de forma negativa, isto é, propriamente como problemas descritivos e formas conceituais a serem refutadas; por outro lado, podem ser descritos positivamente, como propostas de entendimento alinhadas por aqueles autores.

Luhmann (2012, p. 6) lança mão da ideia de "obstáculo epistemológico" de Bachelard (2002, pp. 24-32) para criticar quatro suposições "interconectadas e mutuamente reforçantes": 1) de que "a sociedade é constituída por pessoas reais e relações entre pessoas"; 2) de que "a sociedade é constituída ou ao menos integrada pelo consenso entre seres humanos, pela opinião concordante e por propósitos complementares"; 3) de que "sociedades são regionais, [são] entidades territorialmente definidas, de forma que o Brasil como sociedade difere da Tailândia, e os Estados Unidos da Rússia, assim como o Uruguai do Paraguai"; 4) de que "sociedades, como grupos de pessoas e enquanto territórios, podem ser observadas de fora".

A seguir alinho a descrição e superação desses obstáculos identificados por Luhmann ao elenco de outros, cuja tematização e solução vislumbro nas teorias de Luhmann e Unger.

2.1. O concretismo: sociedade como conjunto de indivíduos

O primeiro obstáculo, a que podemos referir como "concretismo", é resolvido teoricamente por Luhmann (2012, pp. 49-68) quando concebe a sociedade como sistema mais abrangente de comunicações e coloca no ambiente deste sistema os indivíduos, como sistemas não sociais, mas orgânicos e psicológicos; assim, a consciência dos indivíduos é que é acoplada estruturalmente à sociedade – mas cada lado mantém seu fechamento operacional, apenas podendo a sociedade "irritar" o indivíduo e este àquela. A referência ao *indivíduo*, na sociedade, é construída pela fórmula da *pessoa*, um endereço das comunicações sociais construído internamente à sociedade. Assim, exclui-se o indivíduo concreto e inclui-se a pessoa enquanto signo. Há aqui uma base relevante para se explorar o *sentido* enquanto meio comum aos sistemas psíquicos e sociais, ou seja, enquanto "textura" construída pela interdependência de indivíduo e sociedade. Pode-se encontrar um paralelo entre o *medium* do sentido em Luhmann (2012, pp. 18-28) e a relação entre a "pequena" e a "grande" política em Unger (1987, p. 10, nota), como pólos constituintes do "social" (veja abaixo, sobre o sexto obstáculo epistemológico). Os direitos humanos expressam justamente a tematização mais ampla e simbólica dessa interdependência de indivíduo e sociedade, estruturando-a com a referência funcional específica ao direito como subsistema social.

2.2. O consensualismo: sociedade como convenção

Quanto ao obstáculo do "consensualismo" na explicação da construção da sociedade, a referência de semântica mais evidente que se nos apresenta quando tratamos dos direitos humanos são as teorias contratualistas, clássicas ou recentes, as quais, com diferentes graus de abstração e pretensão de enraizamento histórico (sejam assumidamente ficções ou hipóteses), pretendem explicar a constituição da sociedade e a distribuição dos "bens" sociais,

como poderes e coisas. Aqui, para nosso objeto, vale mais uma exortação contra o reducionismo na explicação da institucionalização do poder por meio da constitucionalização (*i.e.* o vínculo entre os direitos fundamentais e a teoria do poder constituinte) e no entendimento da concretização dos direitos pelos Poderes constituídos, nacional ou internacionalmente. Especialmente, o modelo de Neves (2008), a partir de Luhmann, enfatiza o dissenso estrutural em termos substantivos como contraparte do consenso procedimental constitucional; já o modelo de Unger (2001) propõe uma aproximação entre o momento da estabilização das estruturas e de sua revisão, o que também se aplica ao desenho institucional.

2.3. O nacionalismo: sociedade como região

Em terceiro lugar, o "nacionalismo" torna-se um vício metodológico quando Luhmann (2012, pp. 83-99) postula a transição das formas de diferenciação social (segmentária, centro-periferia, hierárquica e funcional), para admitir que a forma atualmente prevalente é a da diferenciação entre sistemas que desempenham uma atividade específica com relação à sociedade e aos outros sistemas – esses sistemas processam comunicações mundialmente, tendendo a tornar secundárias as delimitações regionais. Aqui se pode explorar a semântica e as estruturas de direitos humanos como expressões desse movimento de diferenciação funcional e "mundialização" da sociedade. Unger (2001, p. 468) também reconhece a atual "situação de política massificada, história mundial e racionalidade econômica ampliada".

2.4. O externalismo: sociedade como objeto, sociólogo como sujeito

Já a pretensão de se descrever uma sociedade posicionando-se em seu exterior (o "externalismo") relaciona-se muito nitidamente com o pressuposto "nacionalista". O que mais importa aqui é a fundamentação epistemológica que Luhmann constrói para controlar a descrição *da* sociedade *na* sociedade – a teoria da sociedade como uma forma de autodescrição da sociedade e de seus subsistemas funcionais (economia, política, direito), organizacionais (que se definem pela distinção membro/ não membro) ou interacionais (comunicação presencial). Pode-se entender que o problema da *autodescrição* tornou-se central para toda a filosofia do século XX após a "virada linguística" e suscitou diferentes elaborações por correntes como a(s) fenomenologia(s), a(s) hermenêutica(s), o(s) construtivismo(s) e o(s) pragmatismo(s).

Neste ponto, Luhmann (cf. LUHMANN, 2007) assume a postura de um "construtivismo radical", elaborado em bases cibernéticas e interdisciplinares (este paradigma congregou, entre outros, biólogos como Humberto Maturana e Francisco Varela, o antropólogo e linguista Gregory Bateson, o lógico Gotthard Günther e, como líder, o físico Heinz von Foester). Do lado de Unger, seu fundo epistemológico é construído a partir de sua filiação ao pragmatismo de William James e John Dewey (cf. UNGER, 2007). As bases epistemológicas de Luhmann e

Unger são relevantes enquanto método de descrição (com ferramentas conceituais como *forma*, *re-entrada* e *paradoxo*) e de crítica de construções teóricas como as das teorias do direito e da justiça (cf. UNGER, 1996), especificamente no que diz com as dificuldades destas teorias para reconhecer e descrever o problema dos direitos.

Assim, do lado de Luhmann podemos reconhecer os conceitos enquanto formas que conformam o meio do sentido, construindo dois lados de uma diferença. Aqui aparece, ilustrativamente, o problema dos direitos humanos conjugado à forma da constituição: *poder constituinte/ poderes constituídos*. Cada lado desta diferença observa o outro lado como uma diferenciação interna – há uma re-entrada da diferença em um dos lados da diferença. Assim, para o poder constituinte, os direitos humanos podem representar o dado político da legitimação no momento revolucionário-constituinte; uma vez institucionalizado o poder, o consenso passa a ser suposto e os poderes constituídos e procedimentos constitucionais é que devem regular a concretização dos direitos. Para os poderes constituídos, os direitos já não são um dado político, pré jurídico-positivo, mas uma instituição jurídica. Daí os paradoxos da forma constituição: quanto à distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, o paradoxo é de que os direitos humanos são jurídicos *porque* políticos; quanto à diferença entre direitos fundamentais de nível constitucional e direitos garantidos infraconstitucionalmente, o paradoxo (cf. UNGER, 1996, pp. 19-21 e 166-9) é de que direitos sejam protegidos da reforma política (rotineira) *porque* são criações políticas (revolucionárias).

2.5. Sociedade como comunidade natural

Como referido, podemos identificar ainda outros obstáculos epistemológicos, para além do elenco de Luhmann (2012, p. 6). Um deles é o de uma continuidade entre a natureza e a sociedade. Nesse sentido, é expressiva a distinção de Luhmann (1995, esp. pp. 1-12) entre sistemas sociais (a sociedade como o mais amplo dos sistemas sociais, abarcante dos demais) e sistemas biológicos (por sua vez distintos dos sistemas psíquicos e das máquinas). Assim, a natureza apenas pode *re-entrar* a sociedade enquanto tema de comunicação (LUHMANN, 2012, pp. 73-7; 1989). Do lado de Unger (1987, pp. 1-17 e cap. 6), é determinante sua concepção de "sociedade como artefato", como "coisa feita e imaginada", a partir da qual critica as parciais emancipações que as diferentes versões de teoria social (como o marxismo) proporcionaram em relação a uma "falsa necessidade" (UNGER, 2001); por vezes, as descrições da sociedade reconheceram pressões irresistíveis, na ordem de restrições organizacionais e tecnológicas, a determinar um rumo evolutivo incontrolável para a sociedade. Chamemos este obstáculo, ligado ao "naturalismo", de "necessitarianismo". É preciso, então, re-elaborar os fundamentos dos direitos humanos, reconhecendo que ainda não há descrição que os tenha emancipado completamente da semântica de "direitos naturais", "inerentes ao homem", "pré-sociais".

2.6. Sociedade como comunidade cultural

A identificação entre sociedade e comunidade guarda relações ambíguas com duas tradições pré-sociológicas de explicação da sociedade: de um lado, na tradição aristotélica, a sociedade como ordem natural e comunidade de valores é apresentada como resultado de uma progressão de comunidades naturais segmentárias, a partir da família; de outro, na explicação contratualista, a sociedade civil aparece como uma comunidade de ideias intencional, pelo consenso fictício ou hipotético que a institui – já é, portanto, produto da cultura, em oposição à natureza (cf. BOBBIO, 1991). A distinção entre sociedade e comunidade começou a preocupar os fundadores da sociologia. Durkheim (1984, p. xliv) descreveu a família como uma "comunidade de ideias, sentimentos e interesses"; de sua obra sobre a *Divisão do trabalho social* (1893) decorre a identificação entre a comunidade e a solidariedade mecânica, baseada no compartilhamento de crenças comuns, e entre a sociedade (moderna) e a solidariedade orgânica: a sociedade não mais como reproduzida pelo consenso, mas como integrada pela interdependência funcional econômica. Semelhante é a distinção de Tönnies (2001) na obra *Comunidade e sociedade* (1887), anterior à tese de Durkheim.

O conceito de comunidade é visto por Luhmann (2013, p. 382, nota 293) como uma reação à emergência da sociedade mundial funcionalmente diferenciada. A distinção entre sociedade e comunidade aparece como forma cultural de autodescrição da sociedade moderna ("sociedade civil", como instituição política e cultural), que se contrapõe à comunidade pré-moderna (natural). Paradoxalmente, se pensarmos em termos da distinção entre natureza e cultura, a comunidade aparece associada também ao conceito de cultura como "elevada esfera da realidade em que todos os testemunhos da atividade humana se registram pela segunda vez – não sob o aspecto de sua utilidade, senão sob sua comparação com outros testemunhos culturais" (LUHMANN, 2005a, p. 349). Em outras palavras: "Desde finais do século XVIII o conceito de *cultura* ocupa o lugar no qual as autodescrições se refletem. Cultura, no sentido moderno, sempre é a cultura refletida como cultura, *i.e.* uma descrição observada no sistema" (LUHMANN, 2013, p. 176). Os direitos humanos, nessa perspectiva, podem ser associados à constituição como uma "aquisição evolutiva" (LUHMANN, 1996), uma forma estrutural e semântica que tem como pano de fundo a constituição da cultura da modernidade. É problemática a relação deste direito moderno com as formas sociais não modernas ou que mantêm uma diferenciação cultural reforçada diante da "sociedade mundial" moderna (sobre a sociedade moderna como sociedade mundial, cf. LUHMANN, 2012, pp. 83-99). Assim, Teubner e Fischer-Lescano (2008) identificam uma "dupla fragmentação" da sociedade mundial, entre regiões que se reproduzem em termos de sistemas funcionalmente especializados de escala global e regiões em que a diferenciação social é predominantemente não-funcional. Defendem, como solução possível, embora não ideal, a reconstrução da cultura "tradicional" pelo direito "moderno", com uma abertura

cognitiva deste àquela. É uma redescrição e proposição de solução prática do tradicional dilema do universalismo e relativismo dos direitos humanos.

Já Unger, inicialmente associado ao comunitarismo, passa a propor um *superliberalismo* (sobre essa transição, cf. KYMLICKA, 1994), em que a ideia tradicional de comunidade, reverberada pela sociologia clássica, é desacreditada e em seu lugar é proposta uma nova visão do estilo das relações pessoais, embasada não mais na exclusão do conflito e no compartilhamento de valores e opiniões (ideia tradicional de comunidade), mas sim no aumento da vulnerabilidade mútua; a comunidade, seguindo o exemplo da família, é vislumbrada como uma zona de autoafirmação individual contra a subjugação coletiva, e de participação, para além de papéis e posições sociais rigidamente definidos (UNGER, 2001, pp. 560-3). A medida em que os direitos humanos podem encarnar esse ideal redefinido de comunidade é a medida em que contribuem para o "desentrincheiramento" das estruturas sociais e para o exercício da "capacidade negativa" (UNGER, 2001, pp. 277-312) – de um lado, a maior revisabilidade dos "contextos formadores" em que nos inserimos; de outro, o exercício individual de transcender seus contextos imediatos. Isso implica reconhecer que os direitos podem servir para reforçar estruturas sociais rígidas – em nome do direito adquirido, da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito, etc. – ou para abri-las ao risco e à reforma (sobre a relação entre democracia e risco, da perspectiva da teoria dos sistemas, cf. DE GIORGI, 1998). A proteção dos direitos fundamentais apenas contribui para o experimentalismo democrático na medida em que protege áreas da vida social, enquanto abre outras às oportunidades transformadoras (UNGER, 1996, p. 168).

2.7. Sociedade e o paradoxo da unidade e diversidade

O sétimo obstáculo epistemológico – ou, agora positivamente, desafio descritivo – consiste em uma adequada teorização do paradoxo da unidade e diversidade do "social", isto é, em uma concepção abrangente de sociedade que distinga os diversos âmbitos sociais entre si (como contrapartida, como visto, a distinção entre o social e o não social relaciona-se ao "concretismo" e ao "necessitarianismo"). Aqui encontramos a arquitetura geral das teorias de Luhmann e Unger. Ambos enfatizam que a sociedade é algo distinto do indivíduo e da natureza; mas como se distingue a sociedade internamente? É preciso abrir mão de uma descrição muito concreta, capaz de recair no indivíduo e na biologia, no psicologismo ou na metáfora organicista das teorias sociais do século XIX.

Para Luhmann (1995; 2012; 2013), a teoria da sociedade é construída na tensão entre a diversidade dos sistemas funcionais, cada qual operacionalizando a reprodução da sociedade segundo seus próprios códigos (como lícito e ilícito) e critérios (como leis e sentenças), e o paralelismo na construção teórica desses sistemas (as equivalências discerníveis quando se analisa a autopoiese de cada sistema por construtos comuns como *código*, *programa*, *função*, *prestação*, *reflexão*, *evolução*). Esse paralelismo é uma construção

do observador (notadamente o “observador de segundo grau”, que observa o “observador de primeiro grau”, prático, que “age”). O observador, dentro de cada sistema, observa-o como uma forma de dois lados: sistema e ambiente. Por isso, não há uma correlação ponto por ponto entre os sistemas, nem uma unidade final na sociedade, que permanece acêntrica e policontextural. A realidade social abrangente permanece irredutível a uma definição homogênea, pois é reproduzida como realidade interna de cada sistema, que apenas pressupõe os demais sistemas como seu ambiente. Como resposta ao “externalismo”, é apenas pressuposta uma “realidade externa” como “contínuo de materialidade” (LUHMANN, 2012, p. 54) e o mundo como “horizonte de possibilidades” (LUHMANN, 2012, p. 26), mas só é possível conhecer “*porque* não há acesso à realidade externa” (LUHMANN, 2007, p. 55), não havendo “idealidade separada da experiência e comunicação fáticas” (LUHMANN, 2012, p. 18). Assim, Luhmann (2013, pp. 65-115 e 131-65) vislumbra como sistemas sociais, reproduzidos por comunicação: (1) os sistemas funcionais (diferenciados por sua função em relação à sociedade: o direito, por exemplo, tem a função de “generalização congruente de expectativas contrafáticas” – cf. LUHMANN, 2014, p. 82; 2004, cap. 3); (2) as organizações, como sistemas voltados à produção de decisão e que se distinguem pela forma membro/não membro, podendo ser internas a um só sistema funcional ou transcender seus limites; (3) as interações, como sistemas fugazes de comunicação presencial (dentro ou fora de sistemas funcionais); (4) como um tipo de sistema entre as interações e organizações, os movimentos de protesto.

Já a arquitetura geral da teoria social de Unger pode ser vislumbrada em dois eixos. Verticalmente, podemos situar o eixo da política: de baixo, a política como “conflito sobre os termos de nossas relações práticas e de paixão uns com os outros e sobre todos os recursos e premissas que possam influenciar esses termos”; de cima, a política como “conflito sobre o domínio e usos do poder governamental” (UNGER, 1987, p. 10). No primeiro sentido, importa uma teoria moral e psicológica, uma microssociologia (UNGER, 1984); no segundo, uma (macro)teoria social e política (UNGER, 2001; 1987). O problema central é a ligação desses extremos, pela institucionalização da participação (UNGER, 2001, p. 28) e pela conjugação da “capacidade negativa” ao “desentrincheiramento” das estruturas sociais, abrindo-as a “reformas revolucionárias” que não dependam de episódios de crise *e/para* revolução (UNGER, 2001, caps. 4 e 5). Cortando ortogonalmente o eixo vertical, podemos encontrar um eixo horizontal, em que se posicionam as “disciplinas irmãs de imaginação institucional” (UNGER, 1996, pp. 22-3) – de um lado, o direito; de outro, a economia política. Por meio delas é possível repensar e redesenhar as estruturas sociais (“contextos formadores”), identificando o papel das crenças e instituições na construção dessas estruturas, mais ou menos resistentes à mudança – aqui é possível “pensar sobre interesses ou ideais e pensar sobre instituições ou práticas”, transformando a relação interna entre esses termos em oportunidade intelectual e política (UNGER, 1996, p. 23).

2.8. Descontinuidade entre "ação" e "sistema" e transcendência da sociedade pela pessoa

Luhmann (2012, pp. 40-9 e 370-1) refuta o individualismo metodológico de Weber e Parsons, propondo no lugar de uma teoria sociológica da ação uma teoria baseada na comunicação. Podemos justificar essa mudança paradigmática por uma descontinuidade entre a "ação" ou o "sujeito" e o sistema ou a comunicação. O sentido socialmente compartilhado não tem origem no sentido que um agente atribui à sua conduta, em sua crença ou motivação racional, de qualquer espécie (como pretendia WEBER, 1978, pp. 4-31). Trata-se antes de uma seleção dos sentidos que serão estabilizados dentre aqueles que são comunicados, em uma operação complexa de dar a conhecer, mensagem e compreensão (LUHMANN, 2012, esp. pp. 68-73). A variação, seleção e estabilização de sentidos, ou de formas que conformam o *medium* sentido, é reproduzida e regulada em termos dos códigos e programas de cada sistema social (sistemas funcionais, organizacionais ou interativos). Assim, se admitirmos o conceito de *policontexturalidade*, que Luhmann toma a Günther (1979), podemos admitir que cada ação concreta e situada (que corresponde a uma "observação de primeiro grau" – LUHMANN, 2012, pp. 49-50 e 410, nota 254) apresenta uma indistinção entre consciência e sociedade e entre as diversas contexturalidades sociais. Não há limites sistêmicos para quem age em dada situação. Ao contrário, uma "observação de segunda ordem", como a observação sociológica das observações de primeira e segunda ordem, é capaz de discernir os limites sistêmicos. A construção dos sistemas sociais, então, apresenta uma descontinuidade lógica com a ação individual.

É interessante notar como tal construção luhmanniana implica um "distanciamento" da teoria de compromissos normativos, como os propostos pela ideologia dos direitos humanos e, mais amplamente, pelo iluminismo.

> Não será buscar com um olhar para trás e querer carregar-se de esperança – pois de outro modo não a haveria – com conceitos que a história já desmentiu?
>
> No seguinte não se trata de chegar por outro caminho a um quadro mais favorável da sociedade moderna; sobretudo renunciamos a trocar conceitos como planificação, direção ou ética [ou direitos humanos, não poderíamos acrescentar?] com projetos que – por sua proximidade com a práxis – se lhes parecem. Sabemos demasiado pouco para decidir sobre a forma de conduzir as ações. Isto só pode suceder nos sistemas funcionais [e] para seu âmbito respectivo. Naturalmente isso não significa abster-se dos assuntos práticos, embora seja bom permanecer ante esses intentos na posição de observador dos observadores e assim perceber que é que sucede quando alguém reclama planificação ou ética para si, com o propósito de introduzir novas diferenças na sociedade. (LUHMANN, 2013, p. 109)

Do lado de Unger, também se reconhece uma descontinuidade entre indivíduo e sociedade, ou melhor, a não coextensividade da pessoa em relação aos contextos em que se insere. Mas isto serve à introdução de um caminho teórico diametralmente oposto ao purismo descritivo que pretende Luhmann. Assim é que o vínculo entre ideias explicativas e programáticas na teoria social de Unger (2001, p. 12) é justificado por uma série de

> variações mutuamente reforçantes sobre um tema antigo e central de nossa civilização: de que somos um infinito preso no finito. O finito, neste caso, é a série aberta de mundos sociais – os contextos institucionais e formativos – que construímos e habitamos. O infinito é a personalidade. É também um fundo incompleto e aberto de formas de colaboração prática e vínculo de paixão que podem unir as pessoas. Central para todo o argumento de *Política* é a noção de que nenhum contexto pode ser nossa morada permanente: o lugar onde podemos instituir todas as variedades de conexão prática ou de paixão que temos razão em desejar.

Dessa perspectiva, os direitos surgem como um componente da vida institucional capaz de abri-la ou fechá-la ao experimentalismo da política, da economia e das formas de vida.

2.9. A mudança social: nem reforma nem revolução

A possibilidade – e mesmo destino histórico – da revolução como forma de mudança social foi defendida por Marx com base na suposição de que a crescente depauperação de uma classe a levaria a se constituir como uma força política capaz de substituir integralmente toda uma forma de organização social, ou melhor, um "modelo de produção". A hipótese de Luhmann (2012, pp. 83-99, esp. pp. 97-8; 2013, pp. 10-27 e 289-92) é outra: de que as desigualdades não são mais produto de uma diferença hierárquica, mas prevalentemente subproduto da diferenciação funcional. O problema da exclusão/ inclusão é descrito a partir das capacidades operacionais e dos critérios de cada sistema social, desde as organizações (que distinguem membros e não membros) até os sistemas funcionais (que levam a sociedade mundial, principalmente em certas regiões, a operar com o meta-código inclusão/ exclusão, acima mesmo dos códigos funcionais). Assim, crescem as desigualdades entre países e a exclusão de pessoas, mas isso não significa tão logo uma mudança significativa na diferenciação funcional da sociedade, nem pode aparecer como resultado das diferenças de classe ou de centro e periferia. A mudança espetacular permanece na teoria luhmanniana como descrição da transição entre formas de diferenciação social dominantes (como a passagem da sociedade estratificada à sociedade funcionalmente diferenciada, que marca a modernidade). Permanecendo a tendência de manutenção e expansão da diferenciação funcional, surge para Luhmann (2013, p. 26) como possibilidade de controle da exclusão a formação de um sistema funcional especializado na "ajuda social" ou "ao desenvolvimento".

De outro lado, grande parte da teoria social de Unger é destinada a criticar, de um lado, as explicações sobre as estruturas da sociedade e sua mudança e, de outro, o apego a formas institucionais específicas como se fossem as únicas vias possíveis de organização da sociedade, da política e da economia. Assim, quase toda a teoria social moderna é repelida como permanecendo na lógica das "estruturas profundas", no necessitarianismo da evolução social incontrolável, guiada por restrições tecnológicas e organizacionais que impelem a transição de tipos de sociedade indivisíveis. Na crítica da "lógica das estruturas profundas", a teoria dos "modos de produção" de Marx como unidades totais da vida social substituíveis de uma só vez é repelida como "fetichismo estrutural", ao lado do "fetichismo institucional" do liberalismo, que identifica algumas formas de democracia, mercado e sociedade civil dominantes nos países do Atlântico Norte como as únicas formas institucionais possíveis para a garantia da liberdade (UNGER, 2001; 1998; 1996, p. 129). Assim, Unger (2001, pp. 401-11) compreende a prática da transformação das instituições e das relações pessoais como um movimento de cima para baixo e de baixo para cima, entendendo como forma padrão da mudança social nem a reforma nem a revolução, mas a "reforma revolucionária". Assim,

> assume que os contextos formadores [*i.e.* as estruturas sociais] podem ser transformados peça por peça. Não é preciso lidar com eles na base do tome-o ou deixe-o nem trocá-los como unidades indivisíveis, no costume dos modos de produção na teoria marxista. Estas substituições parciais representam reformas revolucionárias, em oposição tanto ao ajuste reformista dentro de um contexto formador (*e.g.* mais um passo em um ciclo de reformas bem estabelecido) quanto à substituição revolucionária de toda uma moldura da vida social (um caso limite nunca mais que aproximado de qualquer situação do mundo real). (UNGER, 2001, p. 64)

O sistema de direitos que Unger (2001, pp. 513-39) propõe integra o propósito da "reforma revolucionária", assim como a favorece.

2.10. Do realismo fatual à normatividade jurídica

A pergunta que pode representar o fio condutor comum à relação entre o pensamento sobre a sociedade e sobre o direito em Luhmann e Unger é: como o direito (re)constrói a sociedade? De um lado, como sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto, o sistema jurídico observa a si mesmo e ao seu ambiente, construindo estruturas e semânticas jurídicas que constituem as formas pelas quais o direito compreende (cognitivamente) e produz (normativamente) a sociedade (cf. LUHMANN, 2004; 2014). De outro lado, o direito é apresentado por Unger, na tradição de Hegel, como forma institucional da vida social, como um campo de conhecimento, crítica, imaginação e construção de instituições (cf. UNGER, 1996; 1983; 1976).

Luhmann (2010) reconhece os direitos fundamentais como *instituições*, ou seja, como "expectativas de comportamento temporal, material e socialmente generalizadas" (LUHMANN,

2010, p. 86) – as expectativas formam as estruturas dos sistemas sociais, cuja unidade é a comunicação; no caso do sistema jurídico, trata-se de expectativas normativas, contrafáticas, resistentes à desilusão (cf. LUHMANN, 2014). Unger (2001, pp. 195-207 e 508-39) reconhece os direitos em geral (não apenas os fundamentais) como elementos da vida institucional da sociedade. Concebe os direitos humanos ou fundamentais para além de seu papel clássico de retirada de temas da agenda política rotineira e proteção contra as reformas não revolucionárias (quando não se manifesta o poder constituinte); esses direitos devem servir para proteger os indivíduos contra a vulnerabilidade social, inclusive das mudanças sociais, mas tal proteção deve ser uma condição mesma da maior revisabilidade dos contextos formadores em que a pessoa se insere (UNGER, 1996, pp. 166-9).

Importa aqui notar que, ao elevar os direitos a um plano institucional (ainda que, ressalte-se, com diferentes concepções desse plano), tanto Luhmann quanto Unger fogem aos problemas clássicos de reconhecimento da realidade dos direitos, enquanto *direitos subjetivos* – questão enfrentada com muita dificuldade pelas principais teorias do direito dos séculos XIX e XX, de Austin a Ross e os realistas americanos, de Kelsen a Hart (cf. MICHELON JR, 2004; MACEDO JR, 2013), as quais, vale notar, não legaram concepções minimamente sólidas sobre a especificidade dos direitos humanos ou fundamentais.

Ainda cabe esclarecer o papel que as elaborações sociológicas de Luhmann e Unger podem representar para a teoria do direito. De um lado, em Unger, sua teoria do direito assume uma independência relativa com relação à sua macrossociologia. Assim, é desenvolvida uma teoria explicitamente jurídica, que não se confunde com, embora parta dos pressupostos de uma teoria da sociedade. De outro lado, Luhmann (2005b) concebe a teoria da sociedade essencialmente como uma teoria dos sistemas sociais parciais (especialmente os sistemas funcionais, como o direito) e sobre suas equivalências (em termos de evolução e de mecanismos operativos como código, programa e função). Assim, sua descrição do sistema jurídico é explicitamente uma alternativa às autodescrições propostas pela tradição da "teoria do direito" (cf. LUHMANN, 2001). Portanto, ambos os autores não se filiam ao contraste tradicional entre teoria do direito (como autofundamentação "científica" do direito) e sociologia jurídica (como teoria "realista", de médio alcance e/ou de matriz empírica).

2.11. Imaginação institucional *versus* teoria normativa/ ideal

As correntes hoje dominantes nas ciências sociais prescrevem uma rígida separação entre teorias descritivas, positivas, e teorias normativas ou ideais. Luhmann (2012, esp. pp. 1-18; 2013, esp. pp. 167-83 e 335-44) expressamente adere a uma teoria descritiva, contra teorias de pretensões normativas. Critica toda a "teoria crítica", "de Marx a Habermas", por seus pré-compromissos ideológicos, por "dar o veredito antes do julgamento" (LUHMANN, 2012, p. 13). Habermas (1987, pp. 368-85) imputa a Luhmann a mais severa e excessiva abolição da normatividade na teoria social e no "discurso filosófico da modernidade". Não

obstante, a teoria luhmanniana permanece aberta a alguma normatividade, como aquela inerente à própria diferenciação funcional que descreve. Assim, se a evolução social, o desenvolvimento econômico e produção de novas teorias não podem ser qualificados moralmente como *progresso* (cf. LUHMANN, 2012, pp. 1-13, 48, 235-6 e cap. 3), a desdiferenciação de um sistema funcional por outro pode ser repelida como *corrupção* (cf. LUHMANN, 2013, pp. 108-15).

Assim, há seguidores de Luhmann no campo do direito que pretendem elaborar descrições vinculadas a propostas de regulação jurídica para a manutenção ou garantia da diferenciação funcional. Graber e Teubner (1998, p. 65) identificam que cada sistema funcional parece obedecer, em linhas gerais, a um ciclo: "diferenciação [do sistema funcional] [...] – autonomia – perda de limites inerentes – tendências expansionistas – politização [economicização, etc.] dos outros setores – risco de desdiferenciação". Uma das formas de conter tal expansionismo seria a criação da infraestrutura jurídica na forma de direitos institucionais.

> Os direitos constitucionais não protegem apenas interesses individuais, mas também bens coletivos, como a liberdade de imprensa, o discurso político livre e outros. Uma perspectiva institucional poderia, entretanto, não somente ver direitos básicos individuais como instrumentos para a proteção de bens coletivos, mas definir as instituições sociais mesmas como o sujeito dos direitos constitucionais e traduzir isso em requisitos procedimentais. [...] Essa não é uma visão coletivista que identifica instituições sociais e coletivas como titulares originárias dos direitos constitucionais e vê indivíduos como um mero instrumento em função dessas coletividades. Pelo contrário, os dois direitos fundamentais constitucionais, o direito à liberdade individual e o direito à dignidade pessoal são as principais garantias para a esfera individual de ação fora das grandes coletividades, [garantias] dirigidas particularmente contra organizações de larga escala. (GRABER; TEUBNER, 1998, p. 65-6)

Teubner (2012, p. 143-5) avança para distinguir três tipos de direitos humanos que funcionariam para contrabalancear os "perigos à integridade de instituições, pessoas e indivíduos que são criados [os perigos] por matrizes comunicativas anônimas (instituições, discursos, sistemas)"; seriam estes:

> • Direitos institucionais que protegem a autonomia dos processos sociais contra sua subjugação pelas tendências totalizantes da matriz comunicativa. Protegendo, por exemplo, a integridade da arte, da família ou da religião contra tendências totalitárias da ciência, dos meios de comunicação de massa ou da economia, os direitos fundamentais funcionam como "regras de conflito de leis" entre racionalidades parciais na sociedade.
>
> • Direitos pessoais que protegem os espaços autônomos de comunicação na sociedade, atribuídos [os direitos] não a instituições, mas a artefatos sociais chamados "pessoas".
>
> • Direitos humanos como limites negativos na comunicação societal em que a integridade do corpo e da mente de indivíduos é colocada em perigo por uma matriz comunicativa que cruza fronteiras.

Do lado de Unger (1996, p. 177), a imaginação institucional é colocada como alternativa às descrições descompromissadas com propostas de mudança social e às teorias normativas, como as de Rawls e Habermas, que se desenvolvem em um plano ideal e não atendem aos anseios concretos de crítica e construção das formas de governo, economia e sociedade. Quando instadas a oferecer diagnósticos e soluções para os problemas reais da vida social, as teorias que se fundam na velha lógica das "estruturas profundas" (que guarda paralelos com a semântica "vétero-europeia" criticada por Luhmann, 2013, pp. 183-226) apenas conseguem colocar a democracia direta no lugar da representação parlamentar, o cidadão com a vida política ativa e totalizante no lugar do cidadão moderno individualista e participante apenas episódico da política. Isso significa uma tentativa desesperada de substituir um pensamento programático pela mera inversão das construções institucionais atuais (UNGER, 2001, p. 216). Assim, Unger (2001, p. 365) se recusa a “seguir a linha principal da filosofia moral e política moderna na tentativa fútil de fazer argumentos normativos independentes de concepções particulares do homem e da sociedade”.

Unger (1996) fornece também uma alternativa à “análise jurídica racionalizadora”, representada por autores como Dworkin, a qual visa a “dourar a pílula” com relação ao direito posto e às formas institucionais existentes, pretendendo aperfeiçoá-las marginalmente por um potencial de razoabilidade intrínseco aos princípios e políticas. Em lugar disso, Unger propõe a tarefa da imaginação institucional como forma de fugir às “falsas necessidades” pregadas pelas teorias sociais e jurídicas em seu apego a formas particulares de sociedade e instituições. “A ideia fora de moda de esclarecimento seria hoje melhor aplicada aos esforços para afastar o fetichismo institucional que vicia as doutrinas ortodoxas em cada uma das disciplinas sociais” (UNGER, 1996, p. 7).

No lugar da teoria social e política que doura as formas atuais de liberalismo encontradiças nos países do Atlântico Norte e da teoria do direito que pretende corrigir perifericamente o direito para encaixá-lo em ideais socialdemocratas insuficientes, Unger (1996, pp. 2-3) apresenta, como “pressuposto operativo indispensável” para a ciência social, “[a] inclusão de fenômenos reais em um campo maior de oportunidades não aproveitadas”, o exercício do mapeamento e crítica das alternativas institucionais.

2.12. Indeterminação institucional dos acoplamentos estruturais

Para Luhmann (2013, pp. 108-15; 2004, cap. 10), acoplamentos estruturais são formas de potencializar, filtrar e canalizar a irritação entre os sistemas; dos acoplamentos que envolvem o sistema jurídico, os mais notáveis são o contrato e a propriedade (como acoplamentos estruturais entre direito e economia) e a constituição (como acoplamento estrutural entre política e direito). Trata-se de formas de dois lados, que valem diferentemente para cada um dos sistemas: para a política, a constituição é um mecanismo de legitimação;

para o direito, uma forma de fechamento da cadeia de validação de um ordenamento (estatal-nacional). Embora possibilite que uma forma valha para dois sistemas, o acoplamento estrutural mantém o fechamento operacional de cada um, vedando a interferência direta de critérios políticos sobre o direito, por exemplo. Podemos reconhecer que a operacionalização de um acoplamento estrutural fica a cargo de instituições, sejam organizações que cruzam fronteiras sistêmico-funcionais, sejam formas híbridas político-jurídicas (sobre a relação entre positivação do direito e poder político, cf. THORNHILL, 2011, esp. pp. 1-19). Em qualquer caso, não há um contato direto entre os sistemas funcionais, mas uma mediação ou tradução de códigos.

Podemos associar o conceito luhmanniano de acoplamento estrutural à tese ungeriana da indeterminação institucional, isto é, da multiplicidade de formas possíveis de organização da sociedade, do governo democrático e do mercado livre. Não se trata de mera justaposição acrítica de teorias, mas de um passo adicional na compreensão da contingência e da evolução (variação, seleção e estabilização) das estruturas sociais, termo comum das teorias trabalhadas.

Assim, a contingência das formas constitucionais – as formas de separação dos poderes e garantia de direitos – é vislumbrada não apenas em uma perspectiva histórica, mas também no diagnóstico e proposição de modelos aptos a lidar com a complexidade contemporânea do direito e da política.

Do lado da teoria dos sistemas, destacam-se os diagnósticos de tendências e a proposição de construções institucionais que são apresentados pelas teorias do transconstitucionalismo (NEVES, 2009) e do constitucionalismo societal de fragmentos globais (TEUBNER, 2012). Neves (2009) nota que os tradicionais problemas da separação e controle de poderes e de garantia de direitos humanos hoje perpassam ordens jurídicas estruturadas de diferentes maneiras – os Estados constitucionais, o direito internacional, um direito transnacional formado por declarações de ONGs e por autorregulações de organizações econômicas e corporações globais, bem como o direito supranacional europeu. A inevitável colisão entre essas diversas ordens jurídicas no tratamento de problemas constitucionais apenas poderia ser gerida pela construção de uma “ordem diferenciada de comunicações”, um eixo de diálogos transversais, o qual se constitui no transconstitucionalismo. Sob a ótica de Teubner (2012) encontramos preocupação semelhante, de forma que a autocontenção de sistemas funcionais globais, como a economia, possa promover uma “justiça sustentável” ou “ecológica”, capaz de evitar uma “turbo autopoiese” em que sistemas fortes acabem por corromper a própria lógica da diferenciação funcional, com efeitos danosos em termos de exclusão social e danos ambientais, por exemplo. Daí que Teubner (2012) visualize fragmentos setoriais de constituições globais, a partir da formação de esferas públicas e esferas organizadas em dados sistemas funcionais (*v.g.* um paralelo entre os consumidores e os cidadãos, entre as corporações transnacionais e o Estado nacional); estas esferas são o

dado concreto constitucionalizado por ordens jurídicas privadas que promovem sua autoconstitucionalização instituindo suas próprias regras secundárias (no sentido de Hart). As próprias ordens não estatais já seriam, portanto, capazes de uma dupla reflexividade e meta-codificação: para além da diferença lícito/ ilícito, já instituem a diferença constitucional/ inconstitucional, a ser aplicada no reconhecimento das regras primárias.

Do lado de Unger, cabe ilustrar a tese da indeterminação institucional por meio das propostas de reconfiguração do esquema de poderes estatais e do sistema de direitos. Nesses termos, Unger (2001, pp. 449-62) propõe a multiplicação de Poderes e funções, com a multiplicação de canais para a promoção da mudança institucional por vias institucionais (organizando o conflito espontâneo da sociedade) e a criação de órgãos e miniconstituições temporários. Dois novos Poderes de Estado haveriam de ser criados. Um destes é um Poder destinado a evitar o monopólio de recursos (econômicos, cognitivos, etc.) necessários à reprodução da sociedade; em termos da teoria dos sistemas, trata-se de evitar a concentração dos diferentes meios de comunicação simbolicamente generalizados (poder, informação, ter), a qual provoca efeitos drásticos em termos de perda da autonomia funcional dos sistemas e de exclusão das pessoas. Outro Poder teria por escopo o compromisso de dar oportunidades de concretização a práticas transformadoras da vida social, executando intervenções estruturais em empresas, escolas, hospitais, asilos etc.

A essa reorganização dos Poderes constitucionais é combinada uma reorganização do sistema de direitos (fundamentais ou não), que passaria a ser composto por direitos de mercado, de imunidade, de solidariedade e de desestabilização (UNGER, 2001, pp. 508-39). Esse sistema de direitos reformado é guiado por dois princípios: 1) o de que é preciso dar segurança ao indivíduo de forma a se minimizar a imunidade das instituições ao conflito e à revisão e a se reduzir a facilidade com que uns indivíduos colocam os outros em dependência; 2) o princípio de que é preciso resolver o dilema da descentralização e desigualdade, privilegiando uma reordenação democrática da economia de mercado capaz de encarnar uma forma de comunidade (como zona de aumento da vulnerabilidade pessoal) que não seja contrastante com a atividade prática de trabalho e produção, mas sim que aceite o experimentalismo em todas as áreas da vida social.

Assim, os *direitos de mercado* incluem a desintegração do conjunto de faculdades que compõe a propriedade tradicional e a atribuição, condicional e temporária, daquelas a diferentes titulares, públicos e privados, concretizando o acesso democrático ao capital. Os *direitos de imunidade* protegem o indivíduo não apenas da opressão pela concentração de poder público, mas também do domínio privado; esses direitos constituem a segurança individual indispensável para que o indivíduo sustente uma democracia forte sem medo de subjugação pela coletividade – assim, a imunidade é uma condição da participação política. Os *direitos de desestabilização* voltam-se ao desentrincheiramento dos privilégios, à reforma estrutural de diferentes áreas da prática social – são direitos que evitam a oposição entre

protesto espontâneo e estabilidade de instituições consolidadas, pois são pontes entre esses dois pólos, a consagrar a mudança de práticas e instituições pela via da contestação de estruturas sociais rígidas e resistentes à transformação. Finalmente, *direitos de solidariedade* dão o arcabouço jurídico às relações de confiança e responsabilidade, cobrindo áreas que vão das relações econômicas às familiares, obrigando seus titulares a compromissos e negociações ao tempo do exercício concreto dos direitos (trata-se de uma redefinição de institutos atuais como os da boa-fé, do abuso de direitos, das relações fiduciárias, etc.).

Considerações finais

A emergência dos direitos sociais representou uma reorientação nos esquemas liberais clássicos de separação de poderes, imaginação e concretização de meios para a realização de demandas por inclusão. Assim, os direitos sociais podem ser compreendidos como pretensões voltadas ao *acesso* aos sistemas funcionais – não apenas para viabilizar materialmente as pré-condições para participar da política, mas também para participar da educação, da saúde, da arte, etc. (NEVES, 2008, pp. 248-58; LUHMANN, 1990, pp. 34-9).

As propostas de Luhmann e Unger para os direitos humanos podem ser entendidas no contexto da crise do Estado Social. Especialmente, do ponto da teoria dos sistemas, surge o problema de redefinir funcionalidades dos direitos em termos da proteção não só de pessoas, mas de esferas inteiras de comunicação social que se vêem afetadas pela própria dinâmica da diferenciação funcional. De um lado, diferenças regionais na sociedade mundial e, de outro, pressões desdiferenciantes inerentes à modernidade colocam em xeque a viabilidade de se garantir a inclusão de amplas parcelas da população nos sistemas funcionais, o que exige a "desintegração social", enquanto manutenção dos limites de cada sistema e repressão à concentração de meios de influência (poder, dinheiro, saber) (cf. LUHMANN, 2013, pp. 16-27).

Do ponto de vista da teoria de Unger, que explicitamente vincula a explicação das estruturas e instituições ao vislumbre de alternativas possíveis de organização social, o diagnóstico é da insuficiência de um esquema socialdemocrata decadente e a proposição está em explorar novos meios de reorganizar o Estado, o mercado e a sociedade civil. Não basta conter o expansionismo econômico, como pretende a teoria dos sistemas; é preciso reordenar a economia e democratizá-la. O mesmo para os demais âmbitos da vida social. Nesse sentido, um esquema redefinido de direitos não é colocado mais como um limite negativo ao Estado, mas como um meio de pressão institucionalizado em favor da democratização do poder, da propriedade, do saber e da informação.

Referências bibliográficas

BACHELARD, Gaston. *The formation of the scientific mind.* Manchester: Clinamen, 2002.

BOBBIO, Norberto. O modelo jusnaturalista. In: _____.; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna.* 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1991. pp. 11-100.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco:* vínculos com o futuro. Porto Alegre: Fabris, 1998.

DURKHEIM, Émile. *The division of labour in society.* London: Macmillan, 1984.

GRABER, Christoph Beat; TEUBNER, Gunther. Art and money: constitutional rights in the private sphere? *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, vol. 18, n. 1, pp. 61-73, 1998.

GÜNTHER, Gotthard. Life as policontexturality. In: _____. *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähige Dialektik*. Hamburg: Meiner, 1979. vol. 2. pp. 283-306.

HABERMAS, Jürgen. *The philosophical discourse of modernity:* twelve lectures. Cambridge: Polity Press, 1987.

KYMLICKA, Will. Communitarism, liberalism, and superliberalism. *Critical Review: A Journal of Politics and Society*, Helotes, vol. 8, n. 2, pp. 263-284, 1994.

LUHMANN, Niklas. *A sociological theory of law.* 2 ed. New York: Routledge, 2014.

_____. *Theory of society.* Stanford: Stanford University Press, 2013. vol. 2.

_____. *Theory of society.* Stanford: Stanford University Press, 2012. vol. 1.

_____. *Conoscenza come costruzione.* Roma: Armando, 2007.

_____. *El arte de la sociedad.* México: Herder, 2005a.

_____. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. In: SANTOS, José Manuel (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann.* Beira Interior: Universidade da Beira Interior, 2005b. pp. 71-119.

_____. *Law as a social system.* Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. *Droit et Société*, Paris, n. 47, pp. 15-73, 2001.

_____. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (Orgs.). *Il futuro della costituzione.* Torino: Einaudi, 1996. pp. 83-128.

_____. *Social systems.* Stanford: Stanford University Press, 1995.

_____. *Political theory in the Welfare State.* Berlin; New York: de Gruyter, 1990.

_____. *Ecological communication.* Chicago: University of Chicago Press; Cambridge: Polity Press, 1989.

_____. "Ich mehme mal Karl Marx" [entrevista a Walter van Rossum]. In: _____. *Archimedes und Wir*: interviews. Berlim: Merve, 1987. pp. 14-37.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia:* Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADSEN, Mikael Rask; VERSCHRAEGEN, Gert. Making human rights intelligible: an introduction to a sociology of human rights. In: _____.; _____. (Eds.). *Making human rights intelligible:* towards a sociology of human rights. Oxford: Hart, 2013. pp. 01-24.

MICHELON JR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade:* uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Entre Têmis e Leviatã:* uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments:* societal constitutionalism and globalization. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Cannibalizing epistemes: will modern law protect traditional cultural expressions? In: GRABER, Christoph; BURRI-NENOVA, Mira (Eds.). *Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment*. Cheltenham: Edward Elgar, 2008. pp. 17-45.

THORNHILL, Chris. *A sociology of constitutions:* constitutions and State legitimacy in historical-sociological perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

TÖNNIES, Ferdinand. *Community and civil society.* Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

UNGER, Roberto Mangabeira. A ambição da política [entrevista a André Singer, originalmente publicada na Folha de São Paulo, 16 set. 2001]. In: TEIXEIRA, Carlos Sávio G. (Org.). *Encontros:* Roberto Mangabeira Unger. Rio de Janeiro: Azougue, 2012. pp. 108-117.

_____. *The self-awakened:* pragmatism unbound. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 2007.

_____. *False necessity:* anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

_____. *Democracy realized:* the progressive alternative. London; New York: Verso, 1998.

_____. *What should legal analysis become?* London; New York: Verso, 1996.

_____. *Social theory:* its situation and task. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

_____. *Passion:* an essay on personality. New York: Free Press, 1984.

_____. *The Critical Legal Studies Movement.* Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 1983.

_____. *Law in modern society.* New York: Free Press, 1976.

_____. *Knowledge and politics.* New York: Free Press, 1975.

VERSCHRAEGEN, Gert. Differentiation and inclusion: a neglected sociological approach to fundamental rights. In: MADSEN, Mikael Rask; VERSCHRAEGEN, Gert (Eds.). *Making human rights intelligible:* towards a sociology of human rights. Oxford: Hart, 2013. pp. 61-80.

Direitos humanos e a história da adoção no Brasil: Reflexões sobre os efeitos da matriz bioparental e de marcadores identitários

Gabriela Guimarães Cavalcanti – Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr.Gustavo Gomes da Costa Santos – Universidade Federal de Pernambuco

Camila de Almeida Santos – Universidade Federal de Pernambuco

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, a fim de situar a nossa reflexão sobre a construção social da adoção a partir da bioparentalidade e heteroparentalidade no Brasil – e as recentes problematizações sobre os efeitos dessas matrizes -, três são as preocupações que devem inaugurar o estudo: (i) compreender a carga de sentidos e significados do uso da terminologia *família* enquanto representação social redefinida no fluxo da historicidade dos fatos e direitos humanos; (ii) identificar o sentido social atribuído à *homoparentalidade* e (iii) reconhecer o papel que foi atribuído à adoção neste contexto. Assim, segundo Almeida (1987, p.13):

> A discussão sobre família, enquanto porta de entrada para a compreensão de uma sociedade, começa com o questionamento sobre o significado do termo família e o estatuto teórico que damos a ele (...). Trata-se de um grupo concreto composto por um certo número de pessoas ligadas por consanguinidade ou aliança e que ocupam lugares diferentes numa hierarquia interna de poder e de papéis? Ou trata-se de uma representação social que os diversos grupos e sociedades fazem das relações de aliança e de consanguinidade, sendo, nesse sentido, uma realidade positiva visível, mas uma realidade simbólica – e portanto construída – que expressa, produzindo, reproduzindo e legitimando valores que transcendem as fronteiras do grupo, uma mentalidade, uma maneira de situar a vida?

A discussão sobre tal estatuto teórico exige o estabelecimento de um pressuposto de análise para a penetração na história da família brasileira. Nesse sentido, o privilégio ao conteúdo ideológico é uma linha interpretativa que, no tema família, ampara o desenvolvimento de parâmetros aptos a abarcar a diversidade de organização familiar no fio condutor das mudanças ao longo do tempo. O desafio que surge, por conseguinte, é a articulação entre o real empírico – a prática – e o real

simbólico – a ideologia, de modo que a teoria deve dar conta e integrar os dados empíricos.

Portanto, sob o manto da linha interpretativa ideológica, no bojo da historicidade dos direitos, a família se traduz numa "agência privilegiada de construção da subjetividade" (ALMEIDA, 1987, p.20) que merece especial atenção como objeto de investigação nas ciências humanas e sociais.

Tendo em vista que o Direito, em razão de seu caráter normativo, tende a monopolizar os dizeres, os sentidos e os significados das famílias, é no interior das doutrinas jurídicas que o propósito da visão integral e interdisciplinar do *humano* e dos *direitos humanos* deve iniciar o exercício emergencial de humildade científica e reconhecimento de numerosas limitações por parte dos juristas e legisladores, representando uma abertura para a interdisciplinaridade nas respostas oferecidas para os problemas humanos, inclusive a partir dos estudos em história do Direito.

Desse modo, segundo Hespanha (2003), a missão da história do direito é antes a de problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, sublinhando sua não definitividade e sua situacionalidade – sempre localizado em um contexto histórico e social - e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais - simbólicos, políticos, econômicos, etc.-, as soluções jurídicas são sempre contingentes e locais.

Nesse sentido, aduz Fachin (2008, p.225) que "a família, como fato cultural, está antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico", na medida em que, segundo o autor, "vê-la tão só na percepção jurídica do Direito de Família é olhar menos que a ponta de um *iceberg*. Antecede, sucede e transcende o jurídico, a família como fato e fenômeno." Assim, a adoção estudada em sua história deve abordar a história das instituições e a história do pensamento social e jurídico do instituto.

No presente artigo, encontramos no tema da adoção um conjunto complexo de discussões correlacionadas pelos direitos humanos: a igualdade parental, a igualdade entre os filhos, a livre orientação sexual - com suas irradiações no tema da homoparentalidade - e os direitos da criança e do adolescente disponíveis para a adoção, imersos em uma cultura social e jurídica ainda potencialmente estigmatizadora, conforme será visto adiante.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O HISTÓRICO DA ADOÇÃO NO BRASIL: DESDE A RODA DOS EXPOSTOS AO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O tema investigado na presente pesquisa demanda uma retrospectiva sobre da adoção no Brasil, dialogando sobre os temas correlatos – abandono de crianças,

família, religião, legislação, papeis culturais, desigualdade econômica e as reflexões de gênero e cor da pele -, situando-a na história do pensamento social e jurídico do Brasil, todavia com especial ênfase a alguns marcadores normativos que surgem a partir da segunda metade do século XX.

Inicialmente, cabe apontar que a adoção foi praticamente banida das legislações ocidentais, desde a Idade Média, por influência da Igreja. Entre os séculos XIII e XV, intensificou-se a assistência à infância abandonada com a criação de algumas instituições de caridade e o uso da denominada Roda dos Expostos. Nesse contexto, discorrer sobre a Roda dos Expostos e a influência da religião cristã e católica na filiação atravessada e bifurcada em legítima ou pecaminosa é indispensável para compreender o caráter caridoso atribuído à adoção neste período, de modo que, segundo Ferreira e Carvalho (2002, p. 138):

> Com a criação das Santas Casas de Misericórdia, o Brasil Colônia importa um outro costume de Portugal: a roda dos expostos, ou roda dos enjeitados. Consistia de uma porta giratória, acoplada ao muro da instituição, com uma gaveta onde as crianças enjeitadas eram depositadas em sigilo, ficando as mães no anonimato. Geralmente, o motivo de tal gesto era uma gravidez indesejada, mas a pobreza também podia levar as mães a se desfazerem do filho desta forma.

De acordo com Torres (2006, p.108), após ser recolhida pela porteira e ter identificado o seu estado de saúde e nutrição, a criança era encaminhada a uma ama-de-leite, mas criação também poderia ser feita por pessoas que manifestavam tal intenção à Santa Casa, devendo informar regularmente sobre as condições de saúde da criança à administração da instituição. Para isso, recebiam um pagamento mensal para custear a criação da criança até os oito anos de idade para meninas ou sete anos para meninos. Nessa idade, a criança deveria ser devolvida à Casa da Roda.

Para a manutenção dos pagamentos das crianças mantidas nas Casas da Roda, a Santa Casa utilizava recursos próprios, de doações de particulares, do governo, das câmaras municipais e dos rendimentos dos bens dos expostos oriundos de doações.

Segundo Marcílio (1998) no século XVIII, iniciam-se algumas transformações que atingem seu apogeu no século XIX e XX: a emergência da infância abandonada como uma questão social, alvo de políticas do Estado, mutação que em grande parte explica o progressivo declínio e fechamento das Rodas. Tal processo, todavia, perpassou por duas características desta assistência: a ausência de recursos financeiros regulares e a longevidade de instituição quando considerada defasada no mundo europeu.

Curioso notar, segundo Torres (2006, p.112), que a maioria dos expostos era branca, o que faz sentido naquele contexto, já que, de acordo com Silva (1998), em

todo o período colonial brasileiro, o abandono de recém-nascidos dizia respeito à honra das mães solteiras de modo bem mais expressivo que corresponder a uma possível consequência das dificuldades enfrentadas por um casal pobre para criar os filhos. Nas palavras de Silva (1998, p.208) “pelos estudos até agora feitos é possível afirmar que a maioria dos expostos era de raça branca, pois as mães de cor não sofriam as mesmas pressões sociais em relação à honra a que estavam sujeitas as brancas”.

No entanto, a Roda possuía outra face significativa, a possibilidade de libertação de crianças filhas de mulheres escravizadas, isso porque a criança exposta era também considerada livre. Desse modo, os senhores de escravos redobravam a vigilância em relação às grávidas, para não perderem o “valor das crias”. Nesse sentido, Silva (1998, p.212) aponta que “as escravas pretas e pardas, na certeza de que seus filhos vão a ser libertos, fogem no tempo da gravidez, e os fazem recolher na casa dos expostos em prejuízo dos seus senhores”.

Ainda na primeira metade do século XX, a legislação herdada do período colonial determinava que os hospitais cuidassem de crianças abandonadas e, em sua falta, as Santas Casas de Misericórdia. Até este período, também funcionavam, ainda, as Rodas dos Expostos.

Embora o Código Civil de 1916 tenha sido considerado por muitos estudiosos o primeiro estatuto da adoção e se afirme, dominantemente, a inexistência de legislação e prática da adoção no século XIX, esta se dava, segundo Soares (2012), pela aplicação de alguns dispositivos: o decreto de 11 de agosto de 1831, que tratou da sucessão de filhos ilegítimos; o decreto de 31 de outubro de 1831, que alterou a maioridade; e a lei nº. 463 de 2 de setembro de 1847, que dispôs sobre a sucessão de filhos naturais (SOARES, 2012, p.23). O Código Civil de 1916 previu a adoção nos arts. 368 a 378, localizados no Título V (Relações de Parentesco), Livro I (Do Direito de Família), da Parte Especial.

A denominada legitimação adotiva aparece na Lei n.4.655/1965, em um contexto de incentivo à prática da adoção pelo Estado e a partir do pressuposto de que, por meio dela, atendia-se preventivamente às crianças excluídas socialmente.

As condições para a adoção legitimante eram diferenciadas, apenas aplicáveis para a criança de até sete anos de idade, exceto se já estivesse sob a guarda dos “legitimantes” antes de completar esta idade, pois, segundo Bordallo (2013, p.262), “o instituto se baseava na ideia de que não houvesse nenhum resquício de lembrança da família biológica”, supondo que, somente sem tais resquícios, seria possível a inclusão mais efetiva da criança na família adotiva (art.1º da Lei n.4.655/1965).

O perfil dos adotantes também possuía especificidades, alguns mantidos desde a redação do Código Civil 1916: os requerentes deveriam estar necessariamente casados por, no mínimo, cinco anos e deveriam possuir idade superior a trinta anos (com a redação da Lei n.4.655, a exigência da idade é expressa para um dos cônjuges, no mínimo). Pela lei, a sentença de deferimento da legitimação tinha efeitos constitutivos e deveria ser inscrita, mediante mandado no Registro Civil, como se se tratasse de registro fora do prazo (registro tardio), no qual se consignava os nomes dos pais adotivos como pais legítimos e os nomes dos ascendentes dos mesmos, sendo de se destacar que, nas certidões do registro, nenhuma observação poderia constar sobre a origem do ato (art.6º da Lei n.4.655/1965).

Importante frisar a *exigência de ausência de filhos biológicos,* inclusive, se fosse comprovada a esterilidade de um dos cônjuges por perícia médica, e comprovada também a estabilidade conjugal, relativizado estava o prazo de cinco anos exigido pelo art. 2º da referida lei, segundo o qual somente poderiam solicitar a legitimação adotiva os casais cujo matrimônio tenha mais de 5 (cinco) anos e dos quais pelo menos um dos cônsules tenha mais de 30 (trinta) anos de idade, sem filhos legítimos, legitimados ou naturais reconhecidos.

A irrevogabilidade do instituto e a ruptura dos laços de filiação com a família biológica marcavam o instituto no período:

> [...] diversos especialistas esquadrinhavam a família candidata à adoção, buscando a mais próxima daquela tida como modelo ideal. Ela deveria possuir algumas características invariáveis, como patriarcalismo, heterossexualidade e monogamia, modelo que, no decorrer da história, já vinha se configurando como hegemônico. A escolha da família dava-se através do levantamento de dados sobre sua vida, como educação, instrução, hábitos, atitudes, localização e higiene de sua moradia. [...] Com o aumento da população disponível para ser adotada é que a adoção passou a ser realizada por casais que tinham filhos, mas que se mostravam dispostos a fazer caridade. Com relação à criança, era traçado seu perfil psicológico e social para informar a futura família quanto aos procedimentos necessários para sua adaptação. (GUARESCHI; STRENZEL; BENNEMANN, 2007, p.166).

O apagamento da história da criança como signo de uma adoção considerada mais “consistente”, confirmada pela restrição por um marco identitário – a idade de até sete anos - permaneceu também como critério posto em lei no denominado Código de Menores (Lei 6.697/1979), que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da adoção plena, em substituição à legitimação adotiva. Segundo a legislação, a adoção plena, de caráter assistencial, era aplicada aos menores de 07 anos de idade, mediante procedimento judicial, conferindo à criança a situação de filho e desligando-o

totalmente da família biológica. Por sua vez, “a adoção simples era aplicada aos menores de 18 anos, em situação irregular, utilizando-se os dispositivos do Código Civil no que fossem pertinentes, sendo realizada por meio de escritura pública” (BORDALLO, 2013, p.262).

De acordo com a Lei 6.697/1979, para requerer a adoção plena, também deveriam os requerentes estar casados por mais de cinco anos e ao menos um dos cônjuges deveria possuir mais de trinta anos de idade, exceto se comprovada a esterilidade de um dos cônjuges e a estabilidade do casal, situação em que o prazo estava dispensado. As pessoas solteiras ou divorciadas não poderiam adotar plenamente, em regra. Diferentemente do que dispunha a Lei n.4.655/1965, o Código de Menores não mais exigia que os adotantes não possuíssem filhos biológicos. Além disso, a adoção plena passou a atribuir direitos hereditários ao adotado em igualdade de condições com os demais filhos, não acontecendo o mesmo na adoção do Código Civil ou na adoção simples.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), a adoção passou a ter dois regramentos: a adoção restrita a crianças e adolescentes e promovida judicialmente, e a adoção de maiores de 18 anos, regulada pelo Código Civil de 1916 e instrumentalizada por meio de escritura pública.

O Código Civil de 2002, por sua vez, unificou o regime jurídico da adoção em judicial, qualquer que fosse a idade do adotando (Art.1623 do CC 2002), sendo que, durante o período que antecedeu a Lei 12.010/2009, o Estatuto da Criança e do Adolescente tinha aplicação simultânea e compatível ao diploma civil, sendo somente mais detalhado que este.

Ocorre que, com o início da vigência da Lei 12.010/2009, denominada por alguns como a “Lei de Adoção”, todo o capítulo do Código Civil que cuidava da adoção foi revogado, restando dois artigos que apenas orientam que a adoção será regida pelas normas constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente (art.1.618 do CC 2002) e que a adoção de pessoas maiores de 18 anos se dê por meio de processo judicial e que sejam aplicadas, no que possível, as regras do referido Estatuto (art.1.619 do CC 2002).

3 UM RETRATO SOCIAL DAS PLANILHAS DE PERFIL TRAÇADO/DESEJADO E OS DADOS APRESENTADOS PELO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO

Os capítulos que se seguiram na história da adoção reconfiguraram os seus sentidos, de modo que as ciências humanas e sociais têm dirigido análises

provocadoras à sua conotação mercadológica identificável na expectativa de destituir a criança – e, posteriormente, também o adolescente - de qualquer traço de sua história anterior, para ser entregue "limpa" a uma nova família. Em vez disso, espera-se que as práticas de colocação na nova família "previnam contra uma ruptura de relações sociais, assegurando a continuidade na identidade pessoal da criança" (FONSECA *apud* GUARESCHI; STRENZEL; BENNEMANN, 2007, p.167).

Com o desenvolvimento de diferentes procedimentos sobre a prática da adoção, esta se torna, com o passar do tempo, um tema presente em diferentes espaços de sentinela para afirmações dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. A Constituição de 1988 possibilita, a partir de sua redação, a diversidade de famílias e a adoção como meio para os fins da proteção integral da criança e do adolescente.

O olhar proposto para a adoção a partir da Constituição de 1988 incita, por conseguinte, a pesquisa sobre as práticas sociais contemporâneas que a envolvem, cabendo questionar quem são os atores desses processos e em que cenário se sustentam, quais os sentidos e significados dos pretendentes à adoção e das crianças e adolescentes disponíveis para esta, como se elabora socialmente e institucionalmente as preferências de aptidão para esta constituição de vínculos, quem são as crianças consideradas como inadotáveis que engrossam as estatísticas do Cadastro Nacional da Adoção de "indesejados" – e a partir de quais marcadores identitários se estabelece a exclusão e o etiquetamento de crianças e adolescentes e o que se pode reconhecer, neste cenário, como efeitos hierarquizantes da matriz bioparental e heteroparental na cultura da adoção.

Tais preocupações foram despertadas pela leitura reiterada de questionários que são preenchidos pelos pretendentes à adoção e que possuem versão disponível em sítios eletrônicos para acesso público, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo [1] . Tais questionários são também denominados planilhas de cadastramento e, pela relevância dos termos em que as mesmas colocam a adoção para os pretendentes e os envolvidos no processo de adoção, tornaram-se também um foco de preocupação para este trabalho. A partir das primeiras análises de tais documentos surgiu, para a investigação, uma reformulada hipótese: a de que tais formulários correspondem, *de per si,* a violações de direitos humanos das crianças e dos adolescentes disponíveis para a adoção, atingindo os princípios da Dignidade da Pessoa Humana – CRFB 1988 e aos princípios que prezam pela proteção integral afirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA 1990.

[1] A planilha do Tribunal de Justiça de São Paulo está disponível no sítio institucional no respectivo tribunal e está anexada a este trabalho.

Surge, assim, a expectativa de aprofundar a temática da adoção e acolher a hipótese de que os embargos aos adotantes e adotados compõem uma cultura de adoção pautada nos paradigmas da heteroparentalidade e bioparentalidade. Segundo Teixeira Filho (2010), pela hegemonia e naturalização de tais paradigmas, é possível identificar um projeto heterorreferente dos papeis sociais de gênero que irradia seus significados para a adoção, seja quando se projeta em um discurso de embargo à homoparentalidade, seja quando se preenche uma planilha de pretensão à adoção segundo o parâmetro da criança socialmente idealizada.

A partir dessas considerações, buscamos investigar os termos do debate em que se instala o "perfil desejado" pelos pretendentes à adoção nos tribunais de Justiça dos estados. Os dados de tais planilhas são periodicamente reunidos nas estatísticas do Cadastro Nacional de Adoção e oferecem um quadro nacional sobre os marcos identitários na cultura da adoção no Brasil. Sem descuidar das críticas sobre categorização humana e essencialismos/determinismos nas interconexões dos temas da conjugalidade e parentesco homossexual, adotamos a *condição humana* como ponto de partida e chegada para as reflexões, buscando compreender os direitos da criança e do adolescente sujeitos às violações nas planilhas de perfil desejado e a crítica ao parentesco é tido de acordo com a perspectiva da bioparentalidade e heteroparentalidade.

A fim de melhor apresentar o tema, cabe apontar que a Lei n.12.010/2009, mencionada anteriormente, acrescentou ao Estatuto da Criança e do Adolescente o Capítulo III do Título IV da Seção VIII, que trata do procedimento para habilitação à adoção. Nos termos do ECA, os interessados em adotar devem comparecer na Vara de Infância e Juventude do respectivo estado e preencher um formulário para o início do procedimento e cadastramento no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), denominado "planilha para cadastramento de pretendentes a adoção." Geralmente, os formulários/planilhas tanto solicitam dados dos pretendentes, quanto questionam sobre "o perfil desejado" da criança ou adolescente em adoção.

Dois exemplos de planilhas ou formulários podem ser apontados, comparativamente, dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo – TJSP - e Pernambuco – TJPE.

A planilha do TJSP está disponível virtualmente, no sítio institucional no respectivo tribunal. Na primeira parte da planilha, são solicitados dados dos pretendentes. Na segunda parte, sobre o perfil da criança/adolescente desejada, a planilha questiona: quantas crianças deseja adotar; se aceita adotar irmãos; se aceita adotar gêmeos; qual faixa etária (em anos e meses); se aceita adotar em outro Estado (caso afirmativo, selecionar os Estados); cor – com opções branca, preta, parda,

amarela, indígena, indiferente; sexo – com opções para feminino, masculino ou "indiferente" (ao critério); se faz restrição com doença tratável, doença não tratável, deficiência física, deficiência mental, vírus HIV ou "não faz restrição".

Em seguida, a referida planilha oferece um formulário para preenchimento com as iniciais "S" (para sim) e "N" (para não), especificando os seguintes problemas aceitos ou não aceitos pelo(s) pretendente(s): com problemas físicos não tratáveis, com problemas físicos tratáveis graves, com problemas físicos tratáveis leves, com problemas mentais não tratáveis, com problemas mentais tratáveis graves, com problemas mentais tratáveis leves, com problemas psicológicos graves; com problemas psicológicos leves, pais soropositivos para o HIV, pais alcoolistas, pais drogaditos, sorologia negativada para o HIV, soropositivo para o HIV, proveniente de estupro, proveniente de incesto, vítima de estupro, vítima de atentado violento ao pudor, vitimizada (maus-tratos).

A planilha do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, por sua vez, após solicitar os dados dos requerentes, apresenta, na parte que denomina "perfil da criança", as seguintes restrições: faixa etária "de/até" (espaço em branco a ser preenchido); idade em anos e meses (espaço em branco a ser preenchido); selecione os estados (marcações objetivas); aceita grupo de irmãos – sim ou não (marcações objetivas); preferências quanto ao sexo: crianças do sexo feminino ou crianças do sexo masculino (não há a alternativa para indiferente ao critério); raça/cor desejado – opções para branca, preta, parda, amarela, indígena, indiferente; *não deseja crianças*: doença tratável; doença não tratável; deficiência física; deficiência mental; vírus HIV, não faz restrição; *não deseja crianças com pais:* portadores do vírus HIV, portadores de doença mental, alcoólatras, dependentes de drogas.

A alimentação dos cadastros é incumbência do Poder Judiciário estadual (art. 50, § 9º do ECA, acrescido pela Lei n.12.010/2009), que transmite as informações para o CNA, cuja responsabilidade, por sua vez, está a cargo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A alimentação do cadastro e, nos termos da lei, a convocação "criteriosa" dos postulantes à adoção serão fiscalizadas pelo Ministério Público. Portanto, o Estatuto estabelece a coexistência dos cadastros estaduais e nacional (CNA) de crianças e adolescentes em condições de serem adotados de *pessoas* ou *casais* habilitados à adoção (art. 50, § 5º do ECA, acrescido pela Lei n.12.010/2009).

Haverá cadastros distintos para pessoas ou casais residentes fora do País, que somente serão consultados na inexistência de postulantes nacionais habilitados nos cadastros mencionados no § 5º deste artigo.

Habilitada, a pessoa será inscrita no cadastro, que terá uma ordem sequencial e aguardará o surgimento de uma criança e/ou adolescente que se enquadre no "perfil

desejado" na planilha preenchida anteriormente. Será entregue certificado à pessoa, constando que se encontra habilitada a adotar.

Com a existência do CNA, segundo posicionamento de Bordallo (2013, p.293), "é obrigatório o respeito a este", de modo que, "surgindo uma criança para ser adotada, devem ser chamadas as pessoas cadastradas e não qualquer outra que surja interessada", pois "tem o cadastro a finalidade de dar publicidade sobre quem são as pessoas cadastradas e, entre elas, demonstrar a existência de imparcialidade por parte do Estado, por estarem sendo convocadas as pessoas pela estrita ordem de habilitação." (BORDALLO, 2013, p.293).

Em seguida, contudo, o próprio autor pondera que, apesar da obrigatoriedade de observância à sequência do cadastro, há situações em que, considerando a aplicação do princípio do melhor interesse, a preferência para adoção de determinada criança não será conferida às pessoas cadastradas. Trata-se das hipóteses em que o pretendente que postular a adoção já mantenha, ao tempo da postulação, um vínculo afetivo com a criança/adolescente (adoção *intuitu personae*).

A desconfiança com as presunções gerais em abstrato corresponde a uma das reflexões a que este trabalho se dispõe fazer, nesse caso, discutindo, primeiro, o que significa *uma observância obrigatória que pode não ser obrigatória*. Isso porque a maneira como se dispôs na lei a condição de observância do CNA, este se tornou, para alguns juízes e representantes do Ministério Público, a conversão de um mecanismo em um fim em si mesmo, um critério *sine qua non*, a partir do qual apenas são admitidas as exceções trazidas pelo legislador.

Questiona-se, no presente artigo: a observância absoluta ao cadastro corresponde a alguma garantia de atendimento ao melhor interesse da criança ou do adolescente? É possível que exigir do Estado, na complexidade de proteção de direitos humanos de que depende a vida de crianças e adolescentes na adoção, outra postura senão proteger prioritariamente os seus interesses? O que as planilhas dos tribunais de Justiça dos Estados apresentam como marcadores identitários das crianças e adolescentes disponíveis para a adoção?

4 MARCADORES IDENTITÁRIOS, HETERONORMATIZAÇÃO E BIOPARENTALIDADE NA ADOÇÃO: O QUE NÃO CONSTA NA LEI, NEM NA CONSTITUIÇÃO

A análise interdisciplinar nos estudos em direitos humanos, adoção e os efeitos da matriz bioparental demonstram que a cultura dos laços de sangue, ou seja, a relevância dada aos genes é considerada o legitimador pertencimento entre as

pessoas e uma espécie da apropriação incontestável do pai ou mãe em relação ao filho. Nesse sentido, segundo Maux e Dutra (2010, p.365), “o sangue do outro me é desconhecido e, consequentemente, as características que esse outro possui. E o que é desconhecido fomenta fantasias, muitas vezes ameaçadoras.”

A noção de origem desconhecida é essencial para compreender a carga de sentido atribuída aos marcadores identitários e à expectativa de “apagamento” da vida anterior do adotado. Trata-se de uma cultura que privilegia o aspecto biológico e que influencia, de modo geral, o imaginário social que suspeita ou ressalva a legitimidade social dos vínculos da adoção, perpassa tabus reproduzidos e que, de modo específico, incide sobre os que convivem com adotantes e pretendentes à adoção, os próprios adotantes e os profissionais e pesquisadores que lidam com a adoção de crianças e adolescentes.

As expectativas do filho biológico desejado são implantadas também na adoção, despejando toda a carga de sentido em um suposto “direito de escolha” pelos adotantes. O direito de escolha é exercido, dentre outras formas, no preenchimento de planilhas de perfil desejado dos tribunais de Justiça dos estados que, a depender dos termos em que questionam os pretendentes, podem ampliar a diversidade de imaginação para a aversão, restrições ou temor à própria adoção, demarcando identidades sociais de maneira violadora e tornando crianças e adolescentes institucionalizados alvos de diversos tipos de preconceito, como serão vistos adiante.

A partir da leitura das planilhas para cadastramento, bem como dos dados trazidos pelo CNJ sobre o Cadastro Nacional de Adoção, é preciso questionar “a quais ‘interditos’ os discursos sobre a adoção fazem referência no campo social e também no subjetivo” (TEIXEIRA FILHO, 2010, p. 242). De acordo com Guareschi, Strenzel e Bennemann (2007), universalizamos marcadores identitários e a eles reduzimos os sujeitos, tendendo a engessar determinadas características sobre a facilidade ou a dificuldade da adoção.

A hipótese deste trabalho, portanto, é a de que há uma cultura violadora silenciada na suposta presunção constitucional de igualdade entre filhos (art.227, § 6º da CRFB 1988) e da diversidade parental. Diversos são os aspectos a serem compreendidos a partir dessa hipótese.

Primeiro, o próprio art. 39 § 1º ECA 1990 prevê que adoção é medida excepcional, a qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou do adolescente da família natural ou extensa. Assim, graças ao implante do paradigma da bioparentalidade na adoção, não há uma avaliação crítica do dispositivo legal que presume, em abstrato, o vínculo biológico como mais favorável à criança/ao adolescente.

Segundo, em função também do paradigma da bioparentalidade, sustenta-se um “direito de escolha” dos adotantes, largamente aceito sem reflexões mais comprometidas com possíveis violações a direitos humanos daqueles postos em adoção, bem como pretendentes escolhem, como regra, as crianças para as quais irão projetar o seu narcisismo. Nesse sentido, os pretendentes a adoção que escolhem de acordo com seu narcisismo demonstram “um processo de exclusão social único, legitimado pelo Estado e pelas práticas ‘psi’”. Assim, segundo Teixeira Filho (2010, p. 247):

> Trata-se de um acontecimento híbrido, de um impasse, pois se de um lado o/a psicólogo/a da Vara da Infância admite que talvez não fosse o caso de se considerarem aptos para a adoção pretendentes que discriminem crianças por conta de sua cor, etnia, condição física e gênero, por outro, o/a profissional sabe ser este um direito dos/as pretendentes a adoção já indicado na ficha de cadastro que preenchem logo no início do processo junto aos Fóruns.

Desse modo, o narcisismo parental, que hierarquiza os vínculos de filiação ao sustentar uma “essência” humana em procriar e continuar existindo através dos filhos, põe em evidência o projeto eugênico e os valores heteroreferentes dos papeis sociais de gênero que essa verdade implica, e tal referência, em muitos casos, é apenas deslocada para a adoção, seja quando se projeta um discurso de embargo à homoparentalidade, seja quando se preenche uma planilha de pretensão à adoção segundo a perspectiva de aquiescência de uma criança idealizada:

> Os medos, os desencontros entre a criança ideal com a criança real, os questionamentos sobre a herança genética, sobre a ameaça de perda do amor e do reconhecimento do filho ao tomar ciência da sua origem, sobre a garantia de que os genitores não reivindicarão o pátrio poder e tantos outros, revelam linhas de subjetivação que juntas (ou separadas) compõem o tecido “paranoico” que veste o corpo e a alma desse acontecimento. O poder da premissa dos ‘laços de sangue’ incide sobre os corpos daqueles que ousam questioná-lo segregando-os e excluindo-os nos registros simbólicos, imaginários e reais da sociedade, já que a filiação consanguínea é pressuposta em todos os contextos sociais (TEIXEIRA FILHO, 2010, p.246).

Aplicando o aporte teórico oferecido por Guareschi, Strenzel e Bennemann (2007) sobre os marcadores identitários – idade, cor da pele, particularidades e síndromes – para as estatísticas sobre o perfil traçado pelos pretendentes à adoção, é possível problematizar o modo em que produzidos modos de ser adotante e adotado a partir dos dados fornecidos pelo Cadastro Nacional de Adoção.

4.1 Idade

A idade, segundo as autoras, é compreendida como um marcador identitário que torna visível o corpo vivido, marcado e historicizado dentro de uma representação biológica.

Considerando a faixa etária de todas as crianças cadastradas no CNA (CNJ, 2010), mais de 75,0% se concentra na faixa etária de seis até quinze anos de idade, ao passo que o grupo etário zero a cinco anos é o menos expressivo, com menos de 9,0% do quantitativo de crianças. Dados do próprio sítio institucional do Conselho Nacional de Justiça apontam também que 80,7% dos pretendentes à adoção estabeleceram a restrição para crianças com até 03 anos, idade esta que representava apenas 7% do total de crianças/adolescentes cadastrados. Assim, segundo Pereira (2012, p.62):

> Ficava claro que apesar de o CNA possuir, à época, 26.112 pretendentes e 4.350 crianças e adolescentes aptas à adoção, a preferência por um determinado perfil fazia com que as adoções não se realizassem de forma satisfatória no país. Nesse período de quase dois anos de funcionamento, **apenas 76 adoções foram realizadas com o auxílio do CNA** (grifo nosso).

A relevância da idade para o perfil traçado nas planilhas dos tribunais pode ser compreendida como a projeção de apagamento dos adotantes de qualquer marca de um corpo vivido do adotado, suas marcas biológicas, sociais e culturais. Corresponderia, portanto, à expectativa de neutralizá-lo para uma espécie de novo nascimento, agora de acordo com as expectativas do(s) adotante(s).

Merece atenção, no presente momento, os termos da planilha do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco para este marcador identitário. É possível verificar que não há qualquer menção ao adolescente disponível para adoção – apenas os aspectos da "criança" são questionados, de modo que a própria parte do requerimento destinada ao perfil desejado é denominada somente "perfil da criança". Uma possível compreensão da abordagem conduz esta pesquisa a refletir se a planilha apresenta uma bifurcação neste marco identitário: I Uma *escolha com ressalvas* às crianças - "preferência quanto ao sexo da criança", "crianças com idade até X anos X meses" – e com *quesitos formulados a partir de negativas e exclusões* – "não deseja crianças X", "não deseja crianças com pais X" - e II Uma *não escolha ou invisibilização* dos adolescentes também institucionalizados, já que estes não são mencionados.

Entretanto, a partir da preocupação com os dados sobre a postura hegemônica pela restrição da idade, se há por um lado uma intencionalidade ou necessidade de apagar as "inscrições" de ser ou de sentir das crianças ou mesmo dos adolescentes a serem adotados, por outro, "as marcas culturais, sociais ou biológicas do corpo vivido

das pessoas habilitadas à adoção não são colocadas em questão" (GUARESCHI; STRENZEL; BENNEMANN, 2007, p. 170).

4.2 Cor da pele

A escolha da cor da pele, por sua vez, retoma também as reflexões sobre o corpo historicizado, mas, neste marcador identitário, a percepção sobre a criança ou adolescente disponível para a adoção é atravessada para bem antes de sua própria existência, retroagindo à própria formação histórica brasileira, circunscrita pelas demarcações culturais da colonização, escravidão e racismo.

O referido critério, a partir de tais demarcações, tem a superficialidade do dado biológico e a profundidade das cargas de sentidos e significados de certas normatividades entrelaçadas, como, por exemplo, a cor procriada graças à heteroparentalidade fundadora e transmissão legitimada da cultura branca, ou, secundariamente, preenchida na adoção com a restrição autorizada para esta cor de pele. Nos dados do CNA (2010), aproximadamente 70% dos pretendentes restringiram a adoção à pele branca do(a) adotado(a), limitações que são atreladas a questões de um ideal de padrão da cor da pele branca, reforçada pelos termos de um cadastro entregue nas Varas de Infância e Juventude dos tribunais.

Mais recentemente, as estatísticas do CNA estão apresentando novas informações sobre o tema, que devem ser observadas com atenção. Dados do CNA (2012) apontam que, em 2010, 31,4% das 30.378 pessoas cadastradas "não se importavam com a raça da criança ou do adolescente" disponível para adoção. Dois anos depois, a porcentagem alterou para 37,75% dos 28.780 pretendentes cadastrados. Embora apresentado como um avanço significativo pelo Conselho Nacional de Justiça, o próprio tratamento da matéria pela página institucional depende de reconsiderações e atenção social mais incisiva no Brasil.

4.3 Demais particularidades

Por último, embora não sejam apresentadas as preferências dos pretendentes à adoção quanto aos indicadores de síndromes e particularidades físicas das crianças e adolescentes nas estatísticas do CNA - ao menos nas estatísticas disponíveis ao público no endereço eletrônico do CNJ, não há menções ao tema - tais restrições estão presentes nas planilhas de cadastramento dos pretendentes à adoção nas Varas de Infância e Juventude, conforme apontadas nos exemplos das planilhas do TJPE e TJSP.

Assim como os marcadores identitários de idade e cor da pele, o etiquetamento prévio de crianças e adolescentes a partir da consideração, em questionários, sobre

determinadas características físicas e orgânicas das crianças, viabiliza o surgimento de uma discriminação prévia entre as crianças e os adolescentes, nos termos de favoritismo mercantilista, ou seja, distanciado do encontro recíproco entre pretendente e a criança e/ou o adolescente. No momento em que as planilhas indicam a existência dos adotáveis com doença tratável, doença não tratável, deficiência física, deficiência mental, vírus HIV, entre outras questões semelhantes, podemos supor, então, que é possível reconhecer a voz de um discurso polarizador/separador/comparativo entre as crianças e adolescentes.

Em sentido contrário à dupla diferenciação por particularidades e síndromes destacada nas planilhas de perfil desejado, entrou em vigor, recentemente, a Lei 12.955/2014, que acrescentou § 9º do Estatuto da Criança e do Adolescente para estabelecer prioridade de tramitação aos processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica. Embora em vigor apenas recentemente, em fevereiro de 2014, a nova lei nos parece uma abertura para possíveis reconsiderações dos direitos humanos que não podem ser subalternizados na adoção e as consequentes revisões nos termos em que se coloca a criança e o adolescente disponível para a adoção nos formulários de perfil desejado dos tribunais.

Por um lado, se pertinente o debate sobre a possibilidade do adotante em promover as condições de vida da criança e/ou do adolescente em sua singularidade biopsíquica, por outro, segundo Guareschi, Strenzel e Bennemann (2007, p.172),

> quando essas síndromes são apontadas em crianças e adolescentes disponíveis para a adoção, esta população já está colocada em um contexto que foge a uma normatividade da sociedade [...] Ou seja, é uma população de diferentes em uma situação diferenciada. No momento em que são apontados como crianças e adolescentes diferentes por pertencerem a uma população que está para ser adotada, esses sujeitos são ainda mais diferentes porque também apresentam características que os diferenciam daqueles que não possuem essas particularidades ou síndromes.

Se a negação das singularidades das crianças e adolescentes corresponde a um equívoco a serviço de certos apagamentos, a exposição simbólica em critérios/rótulos estabelecidos abstratamente em planilhas – marque um “x” para personalizar a sua adoção – força a pesquisa em direitos humanos a interrogar sobre as pessoas humanas disponibilizadas para adoção,

> o modo como falamos delas, de que lugares falamos e o que tomamos como parâmetro para estabelecer comparações de normalidade, superioridade. Em relação à adoção, a partir de determinadas características, dá-se uma classificação de crianças e adolescentes [...] Mas o que quer dizer estar apto? O que representa

> estar apto para ser adotado? (GUARESCHI; STRENZEL; BENNEMANN, 2007, p.172).

Problematizados os marcadores identitários enquanto sinais ideológicos "naturalizados" nos termos procedimentais das planilhas de adoção é possível, então, retomarmos o tema da heteronormatividade no parentesco e as respectivas justificativas que ela sustenta nas práticas da adoção. Nesse sentido, Butler (2003) é compelida politicamente a responder sobre o casamento e a parentalidade homossexual: (i) A filósofa afirma que as formas de família em questão são formas sociais viáveis e que a *episteme* atual de inteligibilidade pode ser utilmente contestada e rearticulada à luz dessas formas sociais e (ii) sem que, por meio dessa afirmação, assuma uma posição que defende a legitimação do Estado (o Estado como normalizador).

Assim, nas palavras de Butler (2003), a força simbólica da heterossexualidade normativa opera como uma estrutura que encontra o campo do próprio parentesco tem sido a base da alegação de que o parentesco tem sido sempre heterossexual:

> De acordo com esse preceito, aqueles que entram nos termos do parentesco como não heterossexuais só farão sentido se assumirem o papel de Mãe ou Pai. O postulado de uma heterossexualidade fundadora deve também ser lido como parte de uma operação de poder – e, também, de uma fantasia – de forma que podemos começar a indagar como a invocação de tais alicerces funciona na construção de uma certa fantasia de estado e nação. [...] Quero apenas sugerir que a figura da criança é um lugar erotizado na reprodução da cultura, o que implicitamente levanta a questão de se existirá uma transmissão segura de cultura através da procriação heterossexual, se a heterossexualidade servirá não somente aos propósitos de transmitir fielmente a cultura, ou se a cultura será definida, em parte, como prerrogativa da própria heterossexualidade (BUTLER, 2003a, p.33).

Pensamos com as considerações de Butler (2003), portanto, que a matriz bioparental, apoiada na matriz heteronormativa, valida, a partir de sua recitabilidade, a distinção binária entre filhos(as) adotivos(as) e filhos(as) biológicos(as), operando, muitas vezes, o estigma advindo desse discursos. Desse modo, possíveis efeitos do paradigma da bioparentalidade e heteronormatividade da adoção são a própria presunção de direito de escolha e a presunção da parentalidade heterossexual como única possibilidade para a adoção.

As reflexões aqui trazidas deságuam no pensamento da entidade familiar como realidade humana contingente, volátil, cultural e historicizada, razão pela qual, como o que ocorre com os demais institutos jurídicos, qualquer definição estandarte recai em incoerência por engessar, limitar e estruturar o que segue em formação e reformulação a todo o tempo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Repensando a aptidão na adoção a partir de Teixeira Filho (2010), Butler (2003), Guareschi, Strenzel e Bennemann (2007, p.172), é possível refletir que se trata de uma busca cuja coerência depende da presunção de que não encontramos ainda respostas afinadas aos direitos humanos, ou que estas foram sonegadas e, em seu lugar, depositaram nos procedimentos da adoção aquelas demarcadas pelos limites das categorizações humanas inscritas nos paradigmas da bioparentalidade e heteronormatividade.

Considerando o marco identitário da idade, a divergência alarmante entre a idade das crianças e adolescentes aptos à adoção - 93% possuir idade superior a 03 anos - e a preferência dos habilitados a adotar - 80,7% restringir a adoção às crianças com até 03 anos – o Cadastro Nacional de Adoção (2010) dá visibilidade à denominada dupla diferença:

> A produção cultural sobre a idade é uma forma de marcar a identidade das pessoas na sociedade e que as diferencia. Porém, quando esta marca é utilizada em outros contextos culturais, como no caso da população apta para adoção, como uma característica que é utilizada para diferenciar esta população, este marcador identitário produz a diferença da diferença. A idade, além de ser uma marca que diferencia a pessoa, passa a ser uma marca que diferencia aquela pessoa, pelo fato de estar dentro de uma determinada população, neste caso, das crianças e adolescentes aptos à adoção. (GUARESCHI; STRENZEL; BENNEMANN, 2007, p.175).

De outra mão, o marcador identitário cor da pele também é marcado pela dupla diferença: além de diferenciar os sujeitos, expõe as relações históricas de poder, de modo que “cultura racial não está restrita a uma condição biológica que determina a cor da pele, mas é a cultura que possibilita ao sujeito produzir os modos de significar a vida”. Conforme apontado, nos dados do CNA (2010), aproximadamente 70% dos pretendentes restringem a adoção à pele branca do(a) adotado(a), limitações que são atreladas a questões de um ideal de padrão da cor da pele branca, reforçada pelos termos de um cadastro entregue nas Varas de Infância e Juventude dos tribunais.

Contudo, as próprias estatísticas do CNA estão apresentando novas informações sobre o tema, que devem ser observadas com atenção. Dados do CNA (2012) apontam que, em 2010, 31,4% das 30.378 pessoas cadastradas “não se importavam com a raça da criança ou do adolescente” disponível para adoção. Dois

anos depois, a porcentagem alterou para 37,75% dos 28.780 pretendentes cadastrados.

Por último marcador identitário, o presente trabalho atenta para a diferenciação por sinais, limitações ou condições especiais de vida, de existência e saúde de crianças e adolescentes disponíveis para a adoção. Aqueles duplamente diferenciados – pela condição da institucionalização para a adoção e pela condição de ter suas particularidades tarifadas como condições contra a possibilidade do protagonismo no encontro para a adoção.

Quer se dizer que os questionários, na forma em que são apresentados para os pretendentes à adoção, reduzem as possibilidades humanas a condições preconceituosas das crianças e dos adolescentes, desrespeitando a condição humana dos disponíveis para a adoção às marcas identitárias de seus corpos, de modo que atendam a uma seletividade de uma complexa história sobre adoção e uma cultura contemporânea consumista de adotantes consumidores – e discriminando, também, como esforço simbólico desta cultura, aqueles que adotam sem restrições, etiquetando-os com o rótulo histórico da “caridade”.

Portanto, é possível considerar as práticas da adoção como possível espaço complexo e atravessado por recortes de tempo, embargado por precauções dogmáticas. Assim, os descompassos e os desencontros na adoção, possivelmente, não encontram suas respostas senão na atenção profunda aos efeitos de uma matriz bioparental/heteroparental que legitima a segregação, o etiquetamento social de crianças e adolescentes e o “direito de escolha” dos pretendentes.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Angela Mendes de (Org.). **Pensando a família no Brasil: da colônia à modernidade.** Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1987.

ALVES, Graziella Ferreira. **Adoção no Brasil à luz do neoconstitucionalismo.** Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011.

BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? **Cadernos Pagu**, n. 21, p. 219-260, 2003a.

_____. A filósofa que rejeita classificações (entrevista). **Revista Cult**, São Paulo, n.185, dez. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei 8.069/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

_____. Lei 12.955/2014. Acrescenta § 9º ao art. 47 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

_____.Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Adoção. Palestra. Disponível a partir de: <http://tjsp.nucleomedia.com.br/>. Acesso em 20.01.2014.

_____.Conselho Nacional de Justiça. Aumenta número de adotantes indiferentes a raça de crianças. Notícias. 03.01.2013. Disponível a partir de: <http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em 20.01.2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Adoção é Lançado em Pernambuco. Disponível a partir de: <http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em 20.01.2014.

BORDALLO, Gaudino Augusto Coelho. Adoção. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORREA, Sonia. Cruzando a linha vermelha: questões não resolvidas no debate sobre direitos sexuais**. Horizontes antropológicos**, Porto Alegre, v. 12, n. 26, dez. 2006.

GUARESCHI, Neusa Maria de Fátima; STRENZEL, Janaína Cláudia; BENNEMANN, Thais. Quem está apto? A prática da adoção e marcadores identitários. **Aletheia**, n. 25, p. 163-176, 2007.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia.** Síntese de um milênio. 3ª. ed. Mem Martins/Portugal: Publicações Europa-América Ltda., 2003. p. 15.

MARCÍLIO, M. L. **História social da criança abandonada.** São Paulo: Hucitec, 1998.

NETO, Francisco de Oliveira; PACHÁ, Andréa. **O Cadastro Nacional de Adoção:** primeiros resultados.

PEREIRA, Paulo José. **Adoção: realidade e desafios para um Brasil do Século XXI**. Tese (doutorado). Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2012.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. **Requerimento de inscrição para adoção.**

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Planilha de cadastramento para pretendentes a adoção**.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **História da família no Brasil Colonial.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

TEIXEIRA FILHO, Fernando Silva. Os segredos da adoção e o imperativo da matriz bioparental. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 18, n. 1, Apr. 2010.

TORRES, Luiz Henrique. A Casa da Roda dos Expostos na Cidade do Rio Grande. **Revista Biblos**, Rio Grande, N. 20, 2006.

A HISTÓRIA DO CENTRO NACIONAL DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA E DOS CATADORES DE MATERIAL RECICLÁVEL (CNDDH)

Ana Paula Santos Diniz
Fundação Universidade de Itaúna - FUIT

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 O CENTRO NACIONAL DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA E DOS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS (CNDDH). 3 CONTEXTO HISTÓRICO QUE PRECEDEU À CRIAÇÃO DO CENTRO NACIONAL DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA E DOS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS (CNDDH). 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um país que pelo texto constitucional tem por obrigação garantir a dignidade da pessoa humana e transformar a realidade social. Nesse sentido, surge a necessidade de se analisar os fatos históricos que contribuíram para a criação de políticas públicas voltadas à realização dos direitos fundamentais da população em situação de rua. Assim, o estudo proposto se faz necessário pela relevância do tema, pretendendo conhecer quais os eventos que antecederam à criação do Centro Nacional de Defesa dos Direitos Humanos da População em Situação de Rua e dos Catadores de Materiais Recicláveis (CNDDH).

Foram utilizados dados secundários, principalmente para a análise teórica. Para as análises de situações de rua e organizacionais deu-se preferência aos dados primários. Para o entendimento mais completo do objeto de estudo foram feitos cruzamentos entre dados primários e secundários de fontes da mesma natureza.

Conforme os dados encontrados nos arquivos pesquisados, em especial nas informações dos arquivos do CNDDH, pretendeu-se obter uma generalização para demonstração das condições da população em situação de rua ao longo dos últimos vinte anos, aproximadamente, em especial uma amostra de capitais brasileiras, dentre elas Belo Horizonte de forma mais direta.

Pelas análises, pretende-se contribuir com a rediscussão de legislações e políticas governamentais que tenham como foco grupos populacionais de extrema exclusão, no caso a população em situação de rua e as organizações governamentais e sociais que se incumbem dessa tutela.

2 O CENTRO NACIONAL DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA E DOS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS (CNDDH)

O Centro Nacional de Defesa dos Direitos Humanos da População em Situação de Rua e dos Catadores de Material Reciclável é um centro nacional com sete unidades/núcleos de atendimento local: Curitiba/PR, Rio de Janeiro/RJ, São Paulo/SP, Brasília/DF, Salvador/BA, Fortaleza/CE e Belo Horizonte. O CNDDH, em Belo Horizonte, atua, também, como Núcleo de atendimento, apesar de não estar previsto em suas atribuições legais.

As atribuições do Centro contemplam medidas que primam por divulgar e incentivar a criação de serviços, programas e canais de comunicação para denúncias; apoiar a criação de centros de defesa em âmbito local; produzir e divulgar conhecimentos sobre o tema da população em situação de rua; divulgar indicadores sociais, econômicos e culturais sobre este grupo populacional para subsidiar as políticas públicas; pesquisar e acompanhar os processos instaurados, as decisões e as punições aplicadas aos acusados de crimes contra a esta população.

Trabalha com dados vindos de denúncias que recebe de forma direta e por outras fontes, como a mídia, movimentos populares e cidadãos não integrantes da população em situação de rua (PSR).

Sobre o perfil da PSR, o CNDDH trabalha com os seguintes dados oficiais publicados pela pesquisa de abril de 2008, pelo Ministério do Desenvolvimento e Combate à Fome (MDS) quais sejam: a maioria das pessoas em situação de rua é do sexo masculino (82%) e jovem, entre 25 e 44 anos, de cor declarada parda ou preta, sendo composta por trabalhadores excluídos do mercado de trabalho, trabalhadores sazonais (migrantes e trecheiros), famílias que perderam a moradia, vítimas de vulnerabilidade social, pessoas com sofrimento mental, drogadição e uso abusivo de álcool e outras drogas. O desemprego aparece em 30% das citações, e os conflitos familiares, com 29%, compõem o quadro de razões que os levam a viver nas ruas. O relatório desta pesquisa aponta que, dos entrevistados, 88,5% não têm acesso a programas governamentais, como aposentadoria, Bolsa Família, Benefício de Prestação Continuada, cesta básica, vale transporte ou outro. Sobre a questão do trabalho,

registrou-se que a maior parte das pessoas em situação de rua possui uma ocupação ou um trabalho, sendo que 72% afirmam que exercem alguma atividade remunerada, a maior parcela (28%) é catadora de materiais recicláveis. A atuação como flanelinha (guardadores de carro), carregador, na construção civil e no setor de limpeza são outros tipos de trabalho mais citados. Chegou-se à conclusão de que a população em situação de rua não é composta por mendigos e pedintes.

O CNDDH ressalta que, com relação à PSR no Brasil, entende-se ser difícil apontar um número total. Segundo a pesquisa do MDS feita em 71 municípios com mais de 300 mil habitantes, exceto as capitais de São Paulo, Recife, Belo Horizonte e Porto Alegre, foi identificada a presença de 31.922 pessoas adultas em situação de rua, mas o Movimento Nacional da PSR estima um número em torno de 150 mil pessoas em situação de rua no Brasil. O motivo pelo qual a pesquisa excluiu as capitais mencionadas é que elas mesmas têm a sua pesquisa.

3 CONTEXTO HISTÓRICO QUE PRECEDEU A CRIAÇÃO DO CENTRO NACIONAL DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA E DOS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS (CNDDH)

A história do Centro Nacional de Defesa dos Direitos Humanos da População em Situação de Rua e dos Catadores de Materiais Recicláveis (CNDDH) coincide com a história pela luta pela proteção dos direitos fundamentais e sua constitucionalização. Décadas após a derrubada sistemática de cortiços e favelas, no Rio de Janeiro dos anos 1960 – então governado por Carlos Lacerda – ficou conhecida a “operação mata-mendigo”:

> Surge nesse momento, uma população em situação de rua brasileira que, ao longo do desenvolvimento capitalista no País, cresce e se firma como grupo social concreto, desafiando governos, gestores e pesquisadores. No entanto, apesar da distância temporal entre o surgimento deste grupo e os dias atuais, as ações políticas permanecem em consonância com a ideologia do darwinismo social de Herbert Spencer na qual, referenciada na teoria da evolução das espécies de Darwin, os fracos (ou seja, os pobres) devem perecer. Décadas após a derrubada sistemática de cortiços e favelas, no Rio de Janeiro dos anos 1960 – então governado por Carlos Lacerda – a “operação mata-mendigo” determinava que pessoas em situação de rua fossem torturadas e jogadas no Rio Guandu. Em São Paulo, entre os anos 2005 e 2008 – Gestão Serra-Kassab – várias “obras antimendigo” foram inauguradas: bancos públicos com divisórias, impedindo que alguém deite; construção de rampas embaixo de viadutos e pontes; instalação de chuveiros e holofotes em esquinas frequentadas por pessoas em situação de rua; colocação de pedras pontiagudas ou piso chapiscado em calçadas, praças e embaixo de marquises[1].

[1] GATTI, Bruna Papaizi; PEREIR, Potyara (Orgs.) **PROJETO RENOVANDO A CIDADANIA: pesquisa sobre a população em situação de rua do Distrito Federal.** Brasília: Gráfica Executiva, 2011, p.14.

A compreensão da efetividade das ações do CNDDH está vinculada ao estudo desta história.

O CNDDH é instrumento de ação de política pública e foi pensado a partir do trabalho desenvolvido pela Pastoral Nacional do Povo da Rua, em Belo Horizonte e São Paulo. Isto porque, antes de sua implantação, não havia uma visão precisa do que acontecia com a PSR. Sabia-se que esta população sofria violações em seus direitos fundamentais básicos, mas, não se sabia de que forma isto acontecia e nem em qual proporção.

No início dos anos 80, em São Paulo, pessoas vinculadas à Organização do Auxílio Fraterno[2], começaram a questionar a natureza assistencialista do trabalho ofertado à PSR. Este período, pré-Constituição de 1988, foi marcado por profundos debates pela luta dos direitos fundamentais.

Entendeu-se necessário romper com o olhar que reconhecia a PSR como objeto de caridade e não como sujeito político, sujeito de sua própria história, protagonista de sua vida. A proposta era reconhecer a PSR não apenas pelo viés individual, mas, também, coletivo. Porque as políticas públicas, então existentes, reconheciam essas pessoas apenas como casos individuais, que tinham que ter respostas individuais. Passou-se a fazer organizações, cooperativas, associações.

A fim de fortalecer esse grupo social, associações e cooperativas começaram a ser criadas. A primeira cooperativa de trabalho de catadores do Brasil foi a Cooperativa de Catadores Autônomos de Papel, Aparas e Materiais Reaproveitáveis (COOPAMARE) criada em 1989, reunindo catadores que moravam nas ruas da cidade de São Paulo. Com o apoio da Organização do Auxílio Fraterno, esses catadores começaram a trabalhar coletivamente no ano de 1985, organizados numa associação de catadores.

Em 1987, em Belo Horizonte, a Pastoral de Rua começou a trabalhar com esta mesma lógica, reconhecendo que havia um fator comum que identificava esse grupo: a maioria era constituída de catadores de material reciclável; sofria violações; era vista como preguiçosa ou portadora de alguma doença mental; era presa por vadiagem. A partir deste contexto, foram feitas assembleias e em 1990, criou-se o que é hoje uma das principais cooperativas do país, a Associação dos Catadores de Papel, Papelão e Material Reaproveitáveis

[2] ORGANIZAÇÃO DO AUXÍLIO FRATERNO DE SÃO PAULO. Disponível em: http://www.oafsp.org.br/historia.htm. Acesso em: 15 nov. 2013.

(ASMARE)[3], sediada em Belo Horizonte, com cerca de 250 associados, beneficiando, indiretamente, mais de 1500 pessoas. Organizar esse grupo de pessoas parece representar o reconhecimento de uma política de recuperação social e moral de uma massa de trabalhadores que, sem opção, mergulhava cada vez mais na clandestinidade. Ressalte-se que essas pessoas já faziam parte da realidade da cidade há mais de 50 anos, sem nenhuma forma de organização, integravam a economia de maneira marginal, eram discriminadas e desconheciam o importante papel ambiental que desempenhavam para a preservação do meio ambiente.

Esse panorama começou então a alterar-se a partir do final da década de 1980 e início dos anos noventa com a Constituição de 1988, que considerou os direitos sociais como direitos fundamentais de todo cidadão, e com a Lei Orgânica da Assistência Social, que regulamentou os artigos 203 e 204 da CRFB/88, reconhecendo a Assistência Social como política pública.

A proteção e a não discriminação de qualquer natureza, no acesso a bem ou a serviço público, principalmente os referentes à saúde veio regulamentada na Lei Federal n. 8.080, de 19 de setembro de 1990[4], que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes (Sistema Único de Saúde - SUS). As diretrizes e estratégias de orientação para o processo de enfrentamento das iniquidades e desigualdades em saúde com foco na População em Situação de Rua no âmbito do Sistema Único de Saúde só veio a ser definida em 2013, pela Resolução n. 2[5], 27 de fevereiro.

Mas, foi a partir de 1993, no mandato de Patrus Ananias, que foi possível incluir esta população nas políticas públicas, reconhecendo-a como sujeito de direitos, pois, a gestão municipal optou, ao implantar a coleta seletiva na cidade, estabelecer uma parceria com os catadores, reconhecendo-os como agentes ambientais prioritários na execução desta

[3] Foi fundada oficialmente em 1º de maio de 1990 por catadores da região central da cidade com auxílio da Pastoral de Rua e de alguns movimentos sociais. A Associação reúne atualmente cerca de 200 profissionais e é cooperada da Cataunidos (Cooperativa de Reciclagem dos Catadores da Rede de Economia Solidária). Tendo como presidente, Maria da Graça Marçal, mais conhecida como Dona Geralda, a Asmare elabora, a cada período, uma nova abordagem e infraestrutura para profissionalizar os catadores de materiais recicláveis que já são reconhecidos como uma nova categoria de trabalhadores pela Classificação Brasileira de Ocupação (CBO). Localizada na Av. do Contorno, 10564, Centro, Belo Horizonte, MG.

[4] BRASIL. Lei Federal n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 12 dez. 2013.

[5] BRASIL. Resolução n. 2 de 27 de fevereiro de 2013. **Dispõe sobre as diretrizes e estratégias de orientação para o processo de enfrentamento das iniquidades e desigualdades em saúde com foco na População em Situação de Rua no âmbito do Sistema Único de Saúde**. Disponível em: http://brasilsus.com.br/legislacoes/gm/118050-2.html. Acesso em: 12 dez. 2013.

política. A ASMARE, segundo dados fornecidos pela Pastoral de Rua, recolhe por mês cerca de 450 toneladas de lixo contendo papel, papelão, revistas, jornais, latas de alumínio, garrafas “pet” e plásticos. Com exceção do vidro e da borracha, recebe quase todos os outros tipos de material. Tudo é separado, prensado e estocado, antes de seguir para a reciclagem. Nos galpões, parte desse material é utilizada nas oficinas de reciclagem, que geram postos de trabalho para dezenas de pessoas.

O trabalho da ASMARE, em 15 anos, poupou 388.675 m² do espaço do aterro sanitário de Belo Horizonte, segundo dados fornecidos pela Pastoral de Rua de Belo Horizonte. Coletou 26.041,318 kg de papel. Com isso, cerca de 85.404 eucaliptos deixaram de ser extraídos da natureza, sendo que a cada 50 kg de papel reciclado, uma árvore deixa de ser derrubada. Em reconhecimento a esse trabalho a Associação já recebeu diversas homenagens nacionais e internacionais, dentre as quais se destaca o prêmio concedido pela Unesco, em 1999, na categoria “Ciência e Meio Ambiente”.

Este é o ano da Lei Federal n. 8.742[6], de 7 de dezembro, que dispõe sobre a organização da Assistência Social (LOAS) que, mais tarde, em 2011, foi alterada pela Lei n. 12.435[7], de 6 de julho, que veio, também, para regulamentar o Sistema Único de Assistência Social (SUAS)[8]. Com a aprovação desta lei, o SUAS, antes colocado como uma orientação para os municípios, passa a ser de observância obrigatória para os órgãos gestores, bem como para aqueles que trabalham com o Direito, podendo contribuir para o seu fortalecimento e para a garantia de direitos dos usuários.

O sistema tem como premissa consolidar a rede de atendimento socioassistencial do país, proporcionando proteção social à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e as populações em situação de risco como a PSR, bem como a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, além de integração ao mercado de trabalho.

O Centro de Referência da População de Rua (CRPR) é um exemplo. O CRPR é um equipamento da Prefeitura de Belo Horizonte, criado em parceria com a Pastoral de Rua por meio do Orçamento Participativo de 1996, para atender a PSR durante o dia, com atividades

[6] BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 09 jan. 2014.
[7] BRASIL. Lei n. 12.435, de 6 de julho. **Regulamenta o Sistema Único de Assistência Social**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm#art1. Acesso em: 09 jan. 2014.
[8] O SUAS foi criado em 15 de julho de 2005 pela Resolução n° 130 do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), que aprova a Norma Operacional Básica da Assistência Social (NOB/SUAS), sendo gerido pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS).

pela manhã e pela tarde, não oferecendo alimentação, exceto em situações especiais. Deste equipamento os moradores de rua podem ser encaminhados para outros serviços oferecidos pela Prefeitura de Belo Horizonte; lá também podem passar as tardes, lavar as suas roupas e guardar seus pertences.

Em 1997, foi criada a Lei Municipal n. 7427[9], de 19 de dezembro, dispondo sobre a celebração de parcerias entre o poder público e entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, para a promoção de ações no âmbito da política de assistência social.

Em 1996 foi criada a lei municipal n. 7099[10], que dispõe sobre a política de assistência social no município de Belo Horizonte, objetivando proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a integração ao mercado de trabalho; a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a sua integração à sociedade. Para tanto, cria o Fundo Municipal de Assistência Social (FMAS), instrumento de captação, gestão e aplicação de recursos.

Nessa luta pelos direitos, paralelamente em SP e BH, foi promovido o Fórum Nacional de Estudo da PSR, momento em que se discutiu a participação e condições dessas pessoas.

O Fórum da População de Rua iniciou suas atividades no ano de 1993 a partir de uma articulação entre entidades governamentais e não governamentais com o objetivo central de elaborar políticas públicas de atendimento à população de rua de BH assim como gestar uma metodologia socioeducativa de intervenção, formular diretrizes básicas para atendimento a esta população, refletir, sistematizar e divulgar ações .

Neste período foi criada, também, a "Associação Moradia para Todos", constituída por moradores e ex-moradores em situação de rua que tem sido espaço de discussão e luta por moradia. Nasceu na Pastoral.

Perguntada sobre os avanços das políticas públicas para a PSR, a representante do Fórum respondeu:

[9] BELO HORIZONTE. Lei Municipal n. 7427 de 19 de dezembro de 1997. **Dispõe sobre a celebração de parcerias entre o poder público e entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, para a promoção de ações no âmbito da política de assistência social**. Disponível em: http://cm-belo-horizonte.jusbrasil.com.br/legislacao/237569/lei-7427-97. Acesso em: 02 jan. 2014.

[10] BELO Horizonte. Lei Municipal n. 7099 de 1996. **Dispõe sobre a política de assistência social no município de Belo Horizonte.** Disponível em:http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/contents.do?evento=conteudo&idConteudo=29472&chPlc=29472. Acesso em: 02 jan. 2014.

> No período de 1993 a 1998 o Fórum desenvolveu ações e reflexões que contribuíram significativamente para a melhoria da qualidade do atendimento às pessoas que vivem em situação de rua. Dentre elas destacamos: a implantação do Programa de População de Rua na Secretaria de Desenvolvimento Social, denominada atualmente Secretaria Adjunta de Assistência Social; Diagnóstico e Seminário dos Catadores de Material Reciclável; Implantação de projeto de Abordagem à População de Rua e experiência piloto com as famílias moradoras do Complexo Lagoinha; Organização do II Seminário Nacional de População de Rua em parceria com o Fórum Nacional de Estudos Sobre a População de Rua; Realização do Seminário sobre Políticas Públicas e População de Rua; Realização de Diagnóstico Participativo nos Viadutos da Contorno, Floresta e Silva Lobo; Parceria com a população de rua para implantação dos Projetos: República Reviver, Ambulatório Carlos Chagas e Centro de Referência: Projeto Cidadania, conquistados por essa população no Orçamento Participativo de 1993, 1994 e 1995 respectivamente.

Em Belo Horizonte, por meio do Projeto de Lei n. 1.419/99, de autoria do Vereador André Quintão do PT, foi aprovada a Lei n. 8029 de 6 de junho de 2000, criando o Fórum de população de rua e dispondo sobre a política pública para a população de rua no município.

Em 2001, surgiu o Movimento Nacional dos Catadores de Material Reciclável (MNCMR)[11], fruto de uma articulação entre estudiosos do tema e entidades. Foi feito um congresso em 2001, marcando o início do MNCMR.

Inicia-se o governo Lula, em 2003 e um ano depois aconteceu a chacina de sete pessoas em situação de rua, na Praça da Sé, em São Paulo, em 19/08/2004.

Em setembro/2004, quando Patrus Ananias era Ministro de Desenvolvimento Social e Combate à Fome lhe foi demandado formular no governo federal uma política pública para a proteção da PSR. Foi então que se realizou o primeiro Encontro Nacional em Brasília. Como efeito deste Encontro foi publicado, em 2006, um Decreto instituindo um Grupo Interministerial para a elaboração da política pública para a PSR. O Decreto previa três meses de discussão, mas, durou três anos, em virtude do desconhecimento sobre PSR por parte dos sete Ministérios que participaram.

As políticas públicas para a habitação sofreram alterações a partir da CRFB/88. Este período coincide com a extinção do Banco Nacional da Habitação (BNH), em 1986. A Política Nacional para Habitação (PNH) de 1996 se propôs a oferecer às populações

[11] Atua há cerca de dez anos em todo país, organizando a população de rua. O MNCR tem como prática a democracia direta, na qual os espaços deliberativos do movimento são as bases orgânicas e os comitês regionais. Cada Comitê Regional indica dois representantes para a Coordenação Estadual, que por sua vez indica dois delegados para a Comissão Nacional. Para a execução de tarefas em nível Nacional, criou-se a Equipe de Articulação Nacional, sua tarefa é agilizar a execução de ações e articulações, criando um laço Nacional entre o movimento. A equipe é composta por 5 catadores das regiões: Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste. Para fazer parte de qualquer instância do movimento o catador ou catadora têm de estar ligado (a) a uma base orgânica do movimento e a um comitê regional.

condições de aquisição de habitações, porém, essa política não atendeu àqueles que recebem até três salários mínimos. A partir de 2002, a ampliação da PNH contribuiu para a aprovação da Lei n. 11.124/05[12] que criou o Subsistema de Habitação de Interesse Social (SHIS) e o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) em 2005, o que ampliou o escopo de atuação dos Programas Habitacionais do Ministério das Cidades. Essas ações políticas proporcionaram, anos depois, a criação do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) em 2009.

Neste mesmo período, em Belo Horizonte, aconteciam muitos conflitos, ocupações debaixo de viadutos, prédios, casas abandonadas, momento em que a Pastoral de Rua interveio defendendo os direitos dessa PSR.

Em São Paulo, entre os anos 2005 e 2008 – Gestão Serra-Kassab[13] – várias "obras antimendigo" foram inauguradas: bancos públicos com divisórias, impedindo que alguém deite; construção de rampas embaixo de viadutos e pontes; instalação de chuveiros e holofotes em esquinas frequentadas por pessoas em situação de rua; colocação de pedras pontiagudas ou piso chapiscado em calçadas, praças e embaixo de marquises[14].

O programa interinstitucional "Pólos de Cidadania[15]" voltado para a efetivação dos direitos humanos, criado em 1995, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), trabalhando pela construção da cidadania, por meio do teatro, da

[12] BRASIL, Lei n. 11.124 de 2005. **Cria o Subsistema de Habitação de Interesse Social (SHIS) e o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm. Acesso em: 15 dez. 2013

[13] José Serra foi prefeito de São Paulo entre 1º de janeiro de 2005 e 31 de março de 2006. Gilberto Kassab, vice-prefeito de Serra, assumiu a prefeitura de 31 de março de 2006 a 31 de dezembro de 2008.

[14] Prefeitura coloca estruturas "antimendigos" em viaduto. A reportagem é de Mariana Melo e publicada por Carta Capital, 13-02-2014. A estrutura montada pela gestão de Fernando Haddad (PT) em volta dos pilares é composta por pedras semelhantes a paralelepípedos, entre 10 e 20 centímetros de altura, dispostas de maneira irregular em volta de cada pilar de suspensão da via elevada por onde passa o metrô. Por meio de nota, a Subprefeitura de Santana informou que "está realizando obras de revitalização na região, que envolve a Avenida Cruzeiro do Sul, entre a Rua Coronel Antonio de Carvalho e a Avenida General Ataliba Leonel. A obra prevê melhorias no canteiro central e nas calçadas, e reforço na iluminação, totalizando mais de 12 mil m² de reforma. A estrutura em questão é obra prevista em projeto e tem a finalidade de proteger as pilastras de sustentação do metrô, a fim de evitar que sejam acesas fogueiras nesses locais, o que abala a estrutura da edificação". Em 2012, durante a gestão Kassab, haviam sido colocadas grades de ferro de cerca de dois metros de altura cercando todo canteiro central – estruturas que estão sendo retiradas agora pela gestão Haddad. Em 2005, a gestão José Serra (PSDB) foi duramente criticada pelo PT ao erguer rampas íngremes na parte de baixo de viadutos de acesso da avenida Paulista. O então subprefeito da Sé, Andrea Matarazzo, defendeu a medida e afirmou que era para evitar o uso de drogas na região. O padre Júlio Lancelotti, da Pastoral do Povo da Rua, afirmou que a intenção era "dar a falsa impressão de que o problema não existe". Em 2007 o sucessor de Serra, Gilberto Kassab (PSD) prosseguiu com a política "antimendigo", instalando na praça da República e em outros pontos da cidade bancos com um apoio de braço no centro, impedindo que qualquer pessoa se deite neles. Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/noticias/528296-prefeitura-coloca-estruturas-qantimendigosq-em-viaduto. Acesso em: 20 fev. 2014.

[15] FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. **Programa Pólos Reprodutores de Cidadania.** Disponível em: http://www.polosdecidadania.com.br/o-polos/. Acesso em: 12 jan. 2014.

"denúncia", da mediação de conflitos em favelas, do combate à exploração sexual de crianças e adolescentes e da luta por moradia e trabalho teve papel fundamental junto à Pastoral de Rua de BH na implementação do Estatuto da Cidade[16] pela prefeitura de BH.

Belo Horizonte passou a ser referência na luta pelos direitos da PSR. A partir dessas discussões de políticas públicas, a Pastoral do Povo da Rua discutiu com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e com a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a possibilidade de implantar um Centro de Defesa dos Direitos da PSR em Belo Horizonte, devido ao destaque que estava tendo nesta luta no cenário nacional. Foi então que constituíram um Comitê e elaboraram o Decreto Presidencial n. 7.053 de 2009, instituindo a criação do Centro.

Foi, também, elaborado o Decreto n. 14.098 de 26 de agosto de 2010, que instituía em seu artigo 1º o Grupo Executivo Intersetorial sobre População em Situação de Rua, com o objetivo de fomentar e promover a articulação e o fortalecimento da política municipal para a população em situação de rua.

Em seguida, veio o Decreto n. 14.146 de 7 de outubro de 2010 instituindo em seu artigo 1º o Comitê de Acompanhamento e Monitoramento da Política Municipal para a População em Situação de Rua, responsável pelo acompanhamento, assessoramento e monitoramento da política voltada para a população em situação de rua.

Com o intuito de promover/propiciar condições dignas de existência e de trabalho, que lhes permitam desenvolver suas potencialidades e aptidões pessoais e profissionais, superar as duras experiências de abandono e exclusão e resgatar a autoestima e a condição de cidadãos (as) foi feita uma articulação entre o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio da Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Social (CIMOS), que assumiu as despesas com o aluguel e a manutenção do Centro.

Justifica-se a parceira do MPMG, tendo em vista que o artigo 129, inciso II, da CRFB/88, prevê que é seu dever garantir os direitos humanos e fundamentais e não somente garantir formalmente, porque, conforme relatado, em entrevista, pelo representante do Ministério Público de Minas Gerais, Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais, apenas a prescrição legal por si já não atende à necessidade. Nesta perspectiva, o MPMG tem atuado

[16]BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. **Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 10 nov. 2013.

e construído estratégias de atuação extrajudiciais, para buscar esta efetividade, além da atuação tradicional.

A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República firmou um convênio com a CNBB para repasse de recursos e contratação de pessoas. Perceba-se que o CNDDH não tem razão social; é um projeto que está garantido apenas por um Decreto Presidencial, que não lhe concede autonomia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A metodologia utilizada foi adequada porque permitiu uma reflexão ampliando a compreensão dos fatos históricos pesquisados, além de uma análise crítica, afastando o mero descritivismo, partindo da premissa de que nada é apenas eventual, mas o resultado da interseção de realidades histórico-sociais de longa, média e curta duração.

Considerando que esta pesquisa teve por finalidade analisar os fatos e leis sobre direitos humanos que precederam a criação do Centro Nacional de Defesa dos Direitos Humanos da População em Situação de Rua e Catadores de Materiais Recicláveis (CNDDH), a conclusão a que se chegou é que a hipótese inicialmente levantada foi confirmada: com o CNDDH foi possível constatar e perceber o quão grave é a carência das políticas públicas para a população em situação de rua e que falta uma política adequada, estruturante que priorize este grupo de pessoas nos programas, serviços e benefícios governamentais.

REFERÊNCIAS

BELO HORIZONTE. Lei Municipal n. 7427 de 19 de dezembro de 1997. **Dispõe sobre a celebração de parcerias entre o poder público e entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, para a promoção de ações no âmbito da política de assistência social**. Disponível em:.http://cm-belo-horizonte.jusbrasil.com.br/legislacao/237569/lei-7427-97. Acesso em: 02 jan. 2014.

_____. Lei Municipal n. 7099 de 1996. **Dispõe sobre a política de assistência social no município.de.Belo.Horizonte..**Disponível.em:http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/contents.do?evento=conteudo&idConteudo=29472&chPlc=29472. Acesso em: 02 jan. 2014.

_____. **Pesquisa sobre as Condições Socioeconômicas, Políticas e Culturais da População em Situação de Rua de Minas Gerais**. II Seminário: Políticas Públicas para a População em Situação de Rua: Pesquisa Estadual. Belo Horizonte, 2012.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. **Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 10 nov. 2013.

_____. Lei n. 11.124 de 2005. **Cria o Subsistema de Habitação de Interesse Social (SHIS) e o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm. Acesso em: 15 dez. 2013.

_____. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 09 jan. 2014.

_____. Lei n. 12.435, de 6 de julho. **Regulamenta o Sistema Único de Assistência Social**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm#art1. Acesso em: 09 jan. 2014.

_____. **Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.** Disponível em: <http://www.mds.gov.br/backup/arquivos/sumario_executivo_pop_rua.pdf>. Acesso em: 3 fev 2013.

CONSULTOR JURÍDICO. **STJ analisará denúncia da chacina de moradores de rua de SP.** Por Fernando Porfírio. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-20/stj_analisara_denuncia_chacina_moradores_rua. Acesso em: abril, 2014.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. **Programa Pólos Reprodutores de Cidadania.** Disponível em: http://www.polosdecidadania.com.br/o-polos/. Acesso em: 12 jan. 2014.

GATTI, Bruna Papaizi; PEREIR, Potyara (Orgs.) **Projeto Renovando a Cidadania:** pesquisa sobre a população em situação de rua do Distrito Federal. Brasília: Gráfica Executiva, 2011, p.14.

GUSTIN**,** Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, SILVEIRA, Jaqueline Passos da, AMARAL, Carolline Scofield (Org.) **História do Direito; novos caminhos e novas versões.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa e DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ORGANIZAÇÃO DO AUXÍLIO FRATERNO. Disponível em: http://www.oafsp.org.br/historia.htm. Acesso em fev, 2014.

SIMÕES JUNIOR, José Geraldo. **Moradores de rua.** São Paulo: Polis, 1992.

A postura de Karl Marx sobre os Direitos Humanos

Marcos Leite Garcia[1]

Trabalho dedicado à memoria do professor Jesus González Amuchastegui (1959-2008)

"Mi gran objetivo es enriquecer las discusiones que los iusfilósofos tenemos sobre los derechos humanos (y sobre el Estado social) con los análisis que politólogos, constitucionalistas y economistas han hecho sobre el tema. Si bien estoy convencido de que la filosofía del Derecho ofrece un enfoque sumamente fecundo para el análisis de estos – y otros – temas, estoy igualmente convencido de que, como cualquier otra comunidad académica, los iusfilósofos corremos el riesgo de elaborar un discurso cerrado en sí mismo, inteligible tan sólo para los pertenecientes a dicha comunidad, y que puede perder su inicial potencialidad y fecundidad" (Jesus González Amuchastegui[2]).

"Ningún pensador del siglo XIX ejerció sobre la humanidad influencia tan directa, deliberada y profunda como Karl Marx" (Isaiah Berlin[3]).

Sumário: 1. Introdução; 2. Direitos fundamentais e suas linhas históricas de construção e desenvolvimento; 3. Constitucionalismo moderno e liberalismo; 4. Liberdade formal, liberdade real e os poderes selvagens; 5. Marx negador dos direitos fundamentais? 6. A interpretação da doutrina espanhola sobre a relação entre Marx e os Direitos Humanos. Considerações finais no *sendero* de Pérez Luño. Referências.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo trazer ao debate a discussão da postura de Karl Marx perante os Direitos Humanos. Tal discussão deve ser contextualizada dentro da época em que viveu Marx, ou seja, em um século XIX marcado por abismais diferenças sociais e pela traição da classe burguesa aos ideais da Revolução Francesa no que tange à igualdade. Da mesma forma e para auxiliar a análise do pensamento de Marx será considerada a doutrina espanhola sobre a relação de Marx e os Direitos Humanos, assim como a obra do italiano Luigi Ferrajoli sobre os

1 Doutor em Direito. Curso realizado no Instituto de Direitos Humanos da Universidade Complutense de Madrid (Espanha), no qual foi aluno, entre outros, de Gregorio Peces-Barba, Antonio Pérez Luño, Antonio Truyol y Serra, Joaquín Ruiz-Jiménez, Nicolás López Calera, Eusebio Fernández, Jesus González Amuchastegui (Título revalidado nacionalmente). Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Cursos de Mestrado e Doutorado – e da graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí – SC, Brasil. E.mail: mleitegarcia@terra.com.br

2 GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesus. **Autonomía, dignidad y ciudadanía**: una teoría de los derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 38.

3 BERLIN, Isaiah. **Karl Marx**: su vida y su entorno. Madrid: Alianza Editorial, 2000. p. 27.

poderes selvagens. A relevância da pesquisa se encontra no sentido de que ainda que Marx tenha passado à história como um negador dos Direitos Humanos, suas críticas aos direitos do homem de do cidadão francês – sobretudo após o contexto destes marcado pelo Golpe do Termidor – serão determinantes para construção teórica dos direitos sociais e a chamada por Norberto Bobbio segunda geração dos Direitos Humanos. Esses Direitos incluem a universalização do sufrágio, liberdades como as de reunião e de associação, direitos à educação e à saúde, direitos sociais como os dos trabalhadores nas relações laborais. A postura de Marx também é relevante para o contexto atual de crise econômica e política de retrocessos de conquistas sociais no mundo capitalista.

1.Introdução.

Um dos muitos temas do entorno dos direitos humanos que merecem um estudo mais aprofundado é a questão ideológica formadora dos mesmos, que principalmente contribuirá para o aprimoramento e correto entendimento de sua concepção histórica a sua atual constitucionalização[4]. Para dito estudo é fundamental o entendimento do rechaço dos direitos a partir de diversas posturas negadoras frente aos direitos humanos. O professor espanhol Gregorio Peces-Barba fará um interessante e importante estudo sobre as teorias negadoras e reducionistas dos direitos humanos. Partindo de sua concepção de que os direitos humanos são um conceito do mundo moderno, a partir das mudanças fundamentais que se darão no período histórico chamado pelo mesmo professor madrilenho de *tránsito a la Modernidad*.[5] Resumidamente as negações dos

4 Será o professor Jesus González Amuchastegui quem, desde sua interessante obra sobre autonomia pessoal, dignidade humana e cidadania, que chamará a atenção para a relevância da constitucionalização dos direitos humanos: "(...) lo que más me preocupa en relación con los derechos humanos, es que estén protegidos en las Constituciones, sean desarrollados por las leyes y reglamentos, y sean aplicados por los diferentes operadores jurídicos. (…) Igualmente mi objetivo es que el contexto socio-económico favorezca la creación de condiciones para el disfrute real de los derechos humanos". GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesus. **Autonomía, dignidad y ciudadanía.** p. 42. Infelizmente o professor Amuchastegui faleceu aos 49 anos em 2008. E o presente trabalho é uma singela homenagem de um de seus eternos alunos, era uma exemplar figura humana e um extraordinário professor de teoria do Direito e de direitos humanos. Foi nosso professor, ainda muito jovem na Universidad Complutense de Madrid, e com ele muito aprendemos naquele ano letivo de 1989-1990. Amuchastegui era o exemplo, que Sartre mencionava, de intelectual engajado social e politicamente falando pela luta por melhores condições de vida dos menos favorecidos e um atento observador dos acontecimentos mundiais com especial atenção para a América Latina.

5 Justifica o professor Peces-Barba sua utilização da expressão *trânsito à modernidade*, devido à "(...) ambigüidade do termo *Renascimento* preferimos falar do termo, muito menos comprometedor, *trânsito à modernidade*. Não podemos nos subtrair, como é lógico, a tomar posições respeito a teorias extremas, a de ruptura e a da continuidade, que dependem, em parte, da localização dos respectivos períodos, isso é descrever onde se situa o fim da Idade Média e onde se localiza o inicio do Renascimento". Segue o professor espanhol, "(...) Como entendemos que há um entrecruzamento no tempo entre esses dois momentos, o que já supõe tomar uma posição intermediaria entre as duas posições extremas, consideramos mais adequado, mais compreensivo, utilizar o termo *trânsito à modernidade"*. Conclui: "Na análise concreta destas grandes linhas caracterizadoras do trânsito à modernidade se perfilará nossas posições, que adiantamos: o trânsito à modernidade é um momento revolucionário, de profunda ruptura, mas ao mesmo tempo importantes elementos de sua realidade já anunciavam na Idade Média, e outros elementos tipicamente Medievais sobreviveram ao fim da Idade Média, neste trânsito à modernidade e até o século XVIII, aparecerá a filosofia dos direitos fundamentais, que como tal, é uma novidade histórica do mundo moderno, que tem sua gênese no trânsito à modernidade, e que, por conseguinte, participa de todos os componentes desse trânsito

direitos humanos se dará no contexto dos conservadores e anti-modernos iniciada pelo rechaço aos logros das revoluções liberais (Burke, De Maistre, principalmente) por culpa da ruptura com a tradição e do poder do antigo regime; da mesma forma que no contexto da Igreja Católica (representado principalmente pelo pensamento pontifício), uma vez que a mesma perde seu poder ilimitado sobre a vida privada dos súditos do Estado absoluto. Também considera o professor espanhol a crítica do romanticismo e da escola histórica, a crítica ontológica do anti-humanismo (Levy Strauss) e a crítica do marxismo-leninismo. Além de alguns modelos reducionistas negadores como o neoliberalismo, o qual mais estragos causa na atualidade aos direitos humanos. A negação ou simples crítica de Karl Marx, sua postura frente aos direitos humanos, certamente que é de fundamental importância para o entendimento dos mesmos. Além de ser atual e de serventia para combater os exageros da atual aliança das negações neoliberal e conservadoras que caracterizam o panorama social de século XXI. A crítica de Marx aos direitos do homem e do cidadão de 1789 também contribuirá para a formação e concepção dos direitos humanos contemporâneos. Não resta dúvida que os direitos humanos são um conceito antes de tudo ideológico a partir da modernidade e dos ideais do leviatã, do liberalismo, do socialismo e da concepção democrática que culmina no atual Estado Constitucional e Democrático de Direito[6].

2. Direitos fundamentais e suas linhas históricas de construção e desenvolvimento

Nas palavras do jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli os direitos fundamentais são reivindicações dos mais débeis[7]. Assim comprovam os chamados processos históricos de evolução ou de construção e desenvolvimento dos direitos fundamentais[8]. Na concepção de Norberto Bobbio e seu discípulo espanhol, Gregorio Peces-Barba, os processos de evolução se dividem em etapas que são as linhas de evolução dos direitos fundamentais ou direitos humanos[9].

já sinalizados, ainda que sejam os novos, os especificamente modernos, os que lhe dão seu pleno sentido". PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982. p. 2-4 (Tradução livre do autor).

6 Sobre o modelo de Estado Constitucional de Direito, Estado Democrático de Direito ou Democracia Constitucional, veja-se: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo.** Madrid: Trotta, 2008 (Especificamente Primeira Parte: Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. p. 25-174).

7 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999. 180 p.

8 Linhas ou processos de evolução nas palavras de Gregorio Peces-Barba e Norberto Bobbio (respectivamente: PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 154-198; e BOBBIO, Norberto. Direitos do Homem e sociedade. In: _____. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 67-83). Preferimos as expressões *linhas ou processos de construção e desenvolvimento dos direitos fundamentais* uma vez não estamos de acordo com a palavra *evolução*, entre outros motivos e principalmente pela constatação de que infelizmente em alguns momentos históricos assistimos uma involução dos direitos fundamentais na sociedade humana (veja-se por exemplo a questão das liberdades e as garantias processuais dos estrangeiros nos EUA após o ocorrido em 11 de setembro de 2001, assim como a situação dos direitos sociais em Portugal, Espanha, Grécia e Itália, depois da crise econômica de 2008) .

9 Uma das primeiras dificuldades que apresenta o tema é quanto a sua terminologia. Dessa maneira, faz-se necessário um esclarecimento sobre a terminologia mais correta usada com referência ao fenômeno em questão. Diversas expressões foram utilizadas através dos tempos para designar o fenômeno dos direitos humanos, e diversas também foram suas justificações. Em nossa opinião três são expressões as corretas para serem usadas atualmente: *direitos humanos*, *direitos fundamentais* e *direitos do homem*. Respaldamos nossa opinião no consenso geral existente na doutrina especializada no sentido de que os termos *direitos humanos* e *direitos do homem* se utilizam quando

Cada etapa ou linha de desenvolvimento dos direitos fundamentais é caracterizada por um certo tipo de reivindicação. O advento dos diretos fundamentais se dá primeiramente no plano das idéias como Direito Natural Racionalista a partir dos ideais dos livres pensadores do início da Modernidade contra as mazelas e os poderosos de seu tempo, acima de tudo contra as arbitrariedades e os estamentos privilegiados no Estado absoluto. Este seria o primeiro processo de desenvolvimento dos direitos fundamentais: o processo de formação do ideal dos direitos fundamentais[10]. Todavia importante sinalizar que este é um processo ainda e sempre em vigência uma vez que a construção do ideal dos direitos fundamentais não é estática e sim dinâmica, já que os direitos fundamentais estão em constante transformação exatamente porque as demandas e as reivindicações de "novos" direitos são constantes na transformação e complexidade da sociedade humana.

A positivação dos direitos fundamentais, será o segundo processo de evolução, construção ou desenvolvimento de tais direitos. A passagem do plano das idéias para o Direito positivo. Na teoria geral dos direitos fundamentais do professor Gregorio Peces-Barba uma das mais importantes de suas teses consiste nas já mencionadas linhas de evolução dos direitos (*linhas de construção histórica peces-barbianas dos direitos fundamentais*) que são relatadas nos seguintes processos, entre os quais incluímos didaticamente – em um outro escrito – um anterior por nós chamado processo de formação do ideal dos direitos fundamentais[11]. Resumidamente as linhas ou processos evolutivos dos direitos fundamentais em Peces-Barba se dão em quatro processos históricos: 1. *processo de positivação:* a passagem da discussão filosófica do Direito Natural Racionalista ao Direito positivo realizada a partir das revoluções liberais burguesas (característica principal: positivação da primeira geração dos direitos fundamentais: direitos de liberdade); 2. *processo de generalização*: significa a extensão do reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade como conseqüência da luta pela igualdade real (característica principal: a luta e a conseqüente positivação dos direitos sociais ou de segunda geração e de algumas outras liberdades como a de associação e a de reunião e a ampliação da

fazemos referência àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e o termo *direitos fundamentais* para aqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico de um Estado. Da mesma forma que os distintos autores quando se referem à história ou à filosofia dos direitos humanos, usam, de acordo com suas preferências, indistintamente os aludidos termos. Então, para efeitos do presente trabalho as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos* são sinônimas. Neste sentido, entre outros: PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 31; BARRANCO, Maria del Carmen, **El discurso de los derechos**. **El discurso de los derechos**. Del problema terminológico al debate conceptual. Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas/Dykinson, 1992, p. 20; e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 33.

10 Sobre o tema do processo de formação do ideal dos direitos fundamentais, veja–se: GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. *In*: MARTEL, Letícia de Campos Velho (Org.). **Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 3-26.

11 Este seria um processo diacrônico, ao mesmo tempo inicial e ainda atual que explica além do surgimento do ideal dos direitos fundamentais na Modernidade, também a constante transformação dos mesmos e sua adaptação às questões aqui estudas. Ver: GARCIA, Marcos Leite. O processo de formação do ideal dos direitos fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. *In*: XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2005, Fortaleza, CE. **Anais**. Disponível em: http://www.org/manaus/arquivos/Anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2009.

cidadania com a universalização do sufrágio); 3. *processo de internacionalização*: louvável tentativa de internacionalizar os direitos humanos e criar sistemas de proteção internacional dos mesmo que estejam por cima das fronteiras e abarquem toda a Comunidade Internacional ou regional dependendo do sistema. Infelizmente trata-se de um processo estagnado por vários problemas que caracterizam o Direito Internacional dos Direitos Humanos e de difícil realização prática (Principal característica: tentativa de efetivar a universalização dos direitos ao positivar os direitos humanos no plano internacional). 4. *processo de especificação*: atualíssimo processo pelo qual se considera a pessoa em situação concreta para atribuir-lhe direitos seja: como titular de direitos como criança, idoso, mulher, consumidor, etc., ou como alvo de direitos como o de um meio ambiente saudável ou à paz (principal características: positivar e mudar a mentalidade da sociedade na direção dos chamados direitos de solidariedade, difusos ou de terceira geração)[12].

3. Constitucionalismo moderno e liberalismo

A obra de Marx desenvolveu-se no contexto do Estado liberal de Direito, do Estado gendarme que reprimia com violência ao trabalhador e que ainda não tinha positivado seus direitos constitucionalmente garantidos como direitos fundamentais, os chamados diretos sociais, conhecidos como a segunda geração dos mesmos. O movimento conhecido como constitucionalismo[13] caracteriza-se pelo advento da modernidade, do Estado de Direito e da adoção da constituição escrita[14]. Os ideais do constitucionalismo moderno foram estabelecidos pelo artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789: "Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição"[15]. Como é consabido, será a partir das chamadas revoluções liberais burguesas a ideologia liberal será o pano de fundo das mudanças que levaram às constituições escritas e às declarações de Direitos[16].

12 Entre outros trabalhos do professor espanhol, ver: PECES-BARBA, Gregorio. Las líneas de evolución de los derechos fundamentales. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 146-198.

13 Segundo definição de Maurizio Fioravanti "El constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía". Entre o conjunto de doutrinas estarão o liberalismo, a democracia, os direitos fundamentais, o socialismo. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 85.

14 "Lo original del constitucionalismo moderno consiste en su aspiración a una constitución escrita, que contenga una serie de normas jurídicas orgánicamente relacionadas entre ellas, en oposición a la tradición medieval, que se expresaba em 'leyes fundamentales' consuetudinárias". MATEUCCI, Nicola. **Organización del poder y liberdad**: Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 25.

15 Para o presente trabalho será utilizada a tradução de Fábio Konder Comparato: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 5.ed. Saraiva, 2007. p. 158-159.

16 "La clave para entender al constitucionalismo político es verlo como una ideología que ha pretendido una determinada configuración del poder político y el aseguramiento del respeto de los derechos; y en este sentido, (…) si aislamos la idealidade del Estado de derecho (entendido como imperio de la ley), la del Estado liberal, la del Estado democrático y la del Estado social y los consideramos como componentes agregados al constitucionalismo, no es difícil observar que cada uno está orientado a erradicar alguno de los males más característiscos de las dominaciones políticas: la arbitrariedad, el autoritarismo, el despotismo o exclusión política y la oligarquia o exclusión social. AGUILÓ REGLA, Joseph. Tensiones del constitucionalismo y concepciones de la Constitución. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. **El canón neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010. p.

A crítica de Marx será evidentemente referente aos interesses e oportunismo da classe burguesa que são evidentes com uma análise do posterior desenvolvimento histórico e com uma simples leitura atenta por exemplo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o documento mais emblemático de todas as revoluções liberais burguesas. Certamente que é óbvia a inspiração jusnaturalista da Declaração de 1789, e evidentemente que do lema da Revolução: Liberdade, Igualdade e Fraternidade (no sentido contemporâneo de Solidariedade), a liberdade seria amplamente privilegiada. Norberto Bobbio em magistral lição aponta o núcleo doutrinário da Declaração de 1789, podemos dizer núcleo ideológico da nova classe dominante que está contido em seus três primeiros artigos: "(...) o primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos que precede à formação da sociedade civil; o segundo, à finalidade da sociedade política (...); terceiro, ao princípio de legitimidade do poder que cabe à nação"[17]. O artigo 2º enuncia quatro *direitos naturais racionalistas* consagrados nas obras dos históricos livres pensadores jusracionalistas e que estão estabelecidos como a finalidade de toda sociedade política: liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão. Em nossa opinião o desigual desenvolvimento dos citados quatro Direitos naturais positivados na própria Declaração de 1789 é que determina, evidencia mais ainda, o núcleo ideológico da nova classe no poder. Vejamos então, a liberdade protagonizou sete artigos diferentes: o 4º e o 5º definem seus contornos gerais, o 7º, o 8º e o 9º referem-se à liberdade individual, o artigo 10 trata da liberdade de opinião e o artigo 11 da liberdade de expressão. Quanto ao direito à segurança somente é tratado no artigo 12 e de modo visível e infelizmente menos relevante. Em relação ao direito de resistência à opressão, a Declaração de 1789 não lhe dedicou nenhuma linha mais, ficou na menção inicial. Em cambio com relação à propriedade o artigo 17 da Declaração de 1789 enunciou: "Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada (…) sob condição de uma justa e prévia indenização". Ainda que somente abordada no citado artigo 17 notadamente é privilegiada por um tratamento absolutamente protecionista, uma vez que é o único direito qualificado como *inviolável* e *sagrado*.

E quanto aos dois outros grande enunciados do lema da Revolução Francesa? Note-se que ficaram somente na promessa, uma falácia para obter o apoio dos chamados *sans-culotte*[18]? A tão almejada igualdade por exemplo não figurou entre os "direitos naturais e imprescritíveis do homem", segundo a tradução de Fabio Konder Comparato, proclamados no artigo 2º nem muito menos "inviolável e sagrada", como fizeram com a propriedade. A igualdade, quando mencionada na Declaração de 1789, foi no sentido de igualdade formal "em direitos" (artigo 1º), igualdade perante à lei (artigo 6º) e perante o fisco (artigo 13). Desta maneira, a igualdade que estabelece a Declaração de 1789 é a igualdade meramente formal e civil que marca o fim de toda distinção jurídica baseada no status de nascimento. Evidentemente que a igualdade civil é um advento

249.

17 BOBBIO, Norberto. A Revolução Francesa e os Direitos do Homem. In: **A era dos Direitos**. p. 93.

18 Os *sans-culottes* eram os membros das classes mais pobre, os trabalhadores, artesões, profissionais de classe média, desempregados e todos os demais membros do Terceiro Estado. Literalmente os que não vestiam *cullotes,* calções bufantes com meias altas que eram a vestimenta dos ricos, ou seja dos burgueses e dos nobres.

importantíssimo na história da humanidade uma vez que marca o fim do feudalismo e do absolutismo monárquico, mas a igualdade prevista na Declaração de 1789 não terá nenhuma visão social ou intuito de estender os benefícios da nova era realmente à todos os membros da sociedade. A igualdade nem política era, uma vez que a cidadania era dividida na prática em cidadania ativa e passiva com a prática estabelecida do sufrágio restrito censitário. Sem participação política e vítima de uma de uma terrível desigualdade econômica, as classes mais baixas, que eram a ampla maioria da população, ficam assim condenada ao flagelo da extrema pobreza, já existente em 1789, e ao trabalho em condições cada vez mais precárias e desumanas que irá caracterizar o século XIX[19].

Um outro exemplo histórico que deixa claro as intenções burguesas é a promulgação da chamada lei Le Chapelier aprovada em 14 de junho de 1791 e que proibia à classe trabalhadora de exercer seus direitos de greve, de associação sindical e de reunião e que ficou em vigor por quase (exatamente até 1887), e que teve leis similares em todos os demais países europeus[20]. Outro exemplo posterior cronologicamente é a situação de quase todo século XIX que mantém a classe burguesa no poder a partir de sua pragmática aliança com os nobres posteriormente à queda de Napoleão Bonapare em 1815: basta relembrar a restauração da monarquia na França, com apoio dos burgueses e do Pacto da Santa Aliança que determinou uma posição conservadora das potências européias e que marcaria todo o século XIX, alijando conquistas civilizatórias liberais e postergando o advento dos direitos sociais, da democracia do sufrágio universal e da noção de solidariedade social .

Em nenhum momento queremos dizer que somos contrários às liberdades consagradas na Declaração de 1789 e em todos os documentos e constituições posteriores, além de que nem muito menos somos contrários à igualdade civil e formal em direitos e perante à lei, mas certamente que os *sans culottes* revolucionários, os trabalhadores e as classes mais baixas do chamado Terceiro Estado esperavam mais do futuro. A obra de Marx, Engels e dos socialistas do século XIX certamente serviram para chamar a atenção e começar a colocar essas questões em seus devidos lugares. O século XIX é o século da luta por melhores condições e por direitos fundamentais dos trabalhadores e das classes mais baixas, os mais débeis nas palavras de Luigi Ferrajoli, ademais é a etapa da luta pelo processo de generalização dos direitos fundamentais, generalizar os direitos incluindo a todos os membros da sociedade, nas palavras de Gregorio

19 Era essa a noção de igualdade que interessava a burguesia e não a igualdade postulada pelos jacobinos. Os acontecimentos da Revolução Francesa, a tomada do poder pela Comuna de Paris em 1792, que levam aos desfechos do 10 de agosto e da proclamação da república no dia 21 de setembro de 1792, certamente exigem outra noção de igualdade. A Constituição francesa de 1793, a chamada Constituição jacobina, que nunca entraria em vigor por culpa da guerra contrarrevolucionária – e que foi derrubada com o Golpe do Termidor de julho de 1794 –, em sua Declaração inicial de Direitos do Homem e do Cidadão em seus artigos 21, 22 e 23, respectivamente, proclama uma pioneira noção de igualdade social ao consagrar a necessidade de uma assistência – ajuda – pública como dívida sagrada aos mais necessitados; educação, instrução como necessidade de todos; garantia social como ação de todos vinculada ao ideal de soberania nacional. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. p. 163.

20 Aqui faz-se necessário recordar da falácia dos críticos que dizem que as gerações de direitos humanos são herméticas, uma vez que as liberdades de associação e de reunião são direitos sociais de segunda geração, ainda que a falácia neoliberal vigente em nosso tempo tente passá-las para a primeira geração de direitos.

Peces-Barba.

4. Liberdade formal, liberdade real e os poderes selvagens

Na filosofia contemporânea quem nos dá a noção de *liberdade positiva* e *liberdade negativa,* na acepção que hoje entendemos, certamente é Isaiah Berlin[21]. Equivocadamente estas expressões são atribuídas ao filósofo alemão nascido em 1815 em Treves, capital da província alemã do Reno. Karl Marx não empregou explicitamente as expressões *liberdade positiva* e *liberdade negativa*, mas ambos conceitos na acepção contemporânea similar a de Isaiah Berlin, também trabalhado por Norberto Bobbio[22], encontram-se esparsas em sua obra com os rótulos de *liberdade formal* e de *liberdade real*. Em seu trabalho "Teses contra Feuerbach", Marx sintetiza sua luta transformadora: "Os filósofos se limitaram a interpretar o mundo diferentemente, cabe transformá-lo"[23]. Exatamente a crítica de Marx aos direitos humanos parte da transformação da liberdade formal em liberdade real, em seus escritos de juventude Marx acusa a falta de condições para que verdadeiramente todos os membros da sociedade possam desfrutar das liberdades. Marx chama a atenção para a falácia das liberdades que poucos poderiam positivamente ou realmente desfrutar, a liberdade dos burgueses, liberdade esta negativa ou apenas formal para a maioria dos membros da sociedade.

Estas seriam as dimensões subjetivas do poder, com o nome de "liberdade positiva" ou "liberdade para" (freedom to) são diferenciadas da noção de "liberdade negativa" ou "liberdade de" (freedom from), em esta última um sujeito é definido como livre de forma negativa se está isento de obrigação (positiva ou negativa, mandatos ou proibição) e na medida em que é livre diante de certa escolha ou ação[24]. Da mesma maneira, ou de forma positiva, se este sujeito livre conta a capacidade ou meios para levar a cabo uma escolha ou ação, esta seria a medida para ver se ele é livre ou não de fato, se sua liberdade é positiva (real) ou somente negativa (formal).

Para o entendimento da crítica de Marx, também faz-se importante destacar a questão dos *poderes selvagens* como leciona Luigi Ferrajoli em alguns trabalhos mais antigos, como em sua obra fundamental *Direito e Poder*, mas sobretudo no livro intitulado *Poteri selvaggi*[25]. Segundo Ferrajoli a expressão *poderes salvagens* faz uma clara referência à liberdade salvagem e desmedida da qual fala Immanuel Kant na *Metafísica dos costumes*, como uma condição carente de regras que caracterizam o estado de natureza, isto é, a ausência de direito, como contrário a

21 Kant e Hegel trataram do tema com um significado diferente. Para Berlin, resumidamente, a Liberdade Positiva seria aquela liberdade de que uma pessoa é o amo de sua própria vida e que quase não depende de outras causas externas. A liberdade negativa seria aquela que basicamente depende de muitos outros fatores externos e alheios à vontade da pessoa. BERLIN, Isaiah. **Dos conceptos de libertad y otros escritos**. Madrid: Alianza, 2001. p. 43-114.

22 BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 4.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p. 49-52.

23 MARX, Karl. Teses Contra Feuerbach. In: **Marx** – Coleção: Os pensadores. 4.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 163.

24 BOVERO, Michelangelo. La liberdad y los derechos de libertad. In:_____ (Coord.). **¿Cuál libertad?** México: Oceano, 2010. p. 27.

25 FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selavajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. 109 p. Título original: *Poteri selvaggi*.

noção que é a principal característica do Estado jurídico ou de Direito. O autor italiano distingue quatro tipos de poderes selvagens, entre os quais o terceiro é o dos *poderes privados do tipo extralegal*, como um poder econômico que, em ausência de limites e controles legais se desenvolvem de acordo com dinâmicas próprias. Agrega Ferrajoli que estes poderes são incompatíveis com toda a normatividade atual por seu caráter de extrajudicial, mas que eram uma característica do século XIX. Assim como continuam atuando na mundo real da atualidade e se manifestando através da violência, do dinheiro e da coação econômica. Além do uso dos meios de comunicação para manipular e exercer o poder selvagem extrajudicial do poder econômico – o que dizer do uso da mídia em nosso país? –, uma vez que as oligarquias que a controlam são um exemplo claro dos mesmos. Para Ferrajoli, os poderes extrajudiciais, por estarem fora do controle tradicional, são absolutistas e estão diretamente relacionados com a quantidade de espaços criados por ele. Também ainda vale, recorda Ferrajoli a Montesquieu, a máxima de que "todo homem que possui poder é levado a dele abusar". Em pleno, chamava a atenção Ferrajoli em 1995, desmantelamento do controle do Estado nos últimos anos o exercício dos poderes selvagens econômicos aumentaram. Certamente que com a crise econômica de 2008, eles foram mais acobertados, mas a falácia, a farsa, lembrando o Marx do Dezoito Brumário, é muito bem recordada por Slavoj Zizek em *Primeiro como tragédia, depois como farsa*[26]. Para Marx a tragédia era o tio (para Zizek na nossa Era o 11 de setembro) e a farsa era o sobrinho (para Zizek o desfecho da crise de 2008).

5. Marx negador dos direitos fundamentais?

Para alguns autores Marx passará a história como um negador dos direitos humanos e a partir de sua obra outras facções negadoras dos direitos surgirão como o marxismo-leninismo. O professor Gregorio Peces-Barba, que em sua obra sobre *Teoria General de los Derechos Fundamentales* classifica as teorias negadoras dos direitos humanos, coloca o marxismo-leninismo como uma teoria negadora total do conceito de direitos fundamentais e a base dessa negação já seria aludida e teria como base o próprio Marx original[27]. Desde a perspectiva de Marx a negação dos direitos fundamentais se deve a que não são instrumentos para liberar ao homem de sua alienação[28]. O texto chave da posição negadora de base marxiana está em seus escritos de juventude uma vez se inicia com os Anais Franco-Alemães e com o trabalho intitulado "Sobre a questão judia": "O homem não foi liberado da religião, mas sim obteve liberdade de religião. Não foi liberado da propriedade, mas sim obteve a liberdade de ofício"[29].

Parecia-lhe muito clara a perspectiva de classe de direitos do homem e do cidadão. Os *droit de l'homme*, à diferença dos *droits du citoyen*, não passavam de "direitos do membro da

26 ZIZEK, Slavoj. **Primeiro como tragédia, depois como farsa**. Tradução de Maria Beatriz de Madina. São Paulo: Boitempo, 2011. 133 p.
27 PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. p. 95-98.
28 PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. p. 96.
29 MARX, Karl. La cuestión judia. In: _____. **Escritos de juventud**. Buenos Aires: Antídoto, 2006. p. 41.

sociedade civil, vale dizer, do homem egoísta, do homem separado e da comunidade"[30]. Assim proclama Marx que: "Ninguno de los derechos va por tanto más allá del hombre egoísta, del hombre como miembro de la sociedad burguesa, es decir, del individuo replegado sobre sí mismo, su interés privado y su arbitrio privado, y disociado de la comunidad"[31]. Para Marx muito longe de de conceber o homem como ser, como especie, os direitos humanos apresentam sempre a misma vida da especie, a sociedade, como um marco externo aos indivíduos, como restrição de sua independência originária. "El único vínculo que les mantiene unidos es la necessidad natural, apetencias e intereses privados, la conservación de su propiedad y de su persona egoísta"[32].

Necessário afirmar que, ainda que negador dos direitos humanos, sua crítica é uma reivindicação mais revolucionária ainda, tipicamente de esquerda. Marx – com destacada diferença dos negadores reacionários conservadores que negam sobretudo a igualdade perante à lei, crítica tipicamente de direita – é um negador por motivos mais revolucionários ainda. Marx quer uma mudança real na sociedade. Na doutrina espanhola, em sua clássica tipificação do conceito de Revolução, o jusfilósofo Felipe González Vicen fazendo a distinção entre o conceito de golpe de estado e de revolução leciona que "Revolución es todo movimiento surgido en el seno de una comunidad sometida a régimen de Derecho, para derrocar éste en su estructura fundamental, de un modo violento"[33]. Ainda que uma revolução possa ser de modo pacífico, sempre esta será caracterizada por uma ruptura, seja gradual ou abrupta, por isso violenta e com o apoio da comunidade de cidadãos, característica essa última fundamental na distinção com o golpe de estado.

6. A interpretação da doutrina espanhola sobre a relação entre Marx e os Direitos Humanos.

Uma das obras importante sobre o tema da relação entre Marx e os Direitos Humanos é a de Manuel Atienza que tem como título "Marx y los Derechos Humanos"[34]. Em 2004 – em uma oportunidade única quando de uma visita do professor Atienza à nosso Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI-SC – tivemos a possibilidade de debater o tema com o autor em uma série de entrevistas. De sua fala em nossa conversa, publicada em livro pelo editora Lumen Iuris[35], respondendo a nossas indagações o professor Atienza fez um paralelo com a negação da Igreja Católica dos direitos humanos, dizendo que todos se lembram da negação de Marx dos direitos humanos, mas poucos lembram da negação católica. Destaca que somente no ano de 1963 com a Encíclica *Pacen in terris* do Papa João XXIII é que a Igreja

30 MARX, Karl. La cuestión judia. p. 42.
31 MARX, Karl. La cuestión judia. p. 44.
32 MARX, Karl. La cuestión judia. p. 44.
33 GONZÁLEZ VICEN, Felipe. **Teoría de la Revolución**: sistema e historia. 2.ed. Madrid/México: Plaza y Valdés, 2010. p. 48.
34 ATIENZA, Manuel. **Marx y los derechos humanos**. Madrid: Mezquita, 1983. 280 p.
35 ATIENZA, Manuel; GARCIA, Marcos Leite. A leitura de Karl Marx dos Direitos do Homem e do Cidadão e suas conseqüências para a Teoria Contemporânea dos Direitos Humanos: diálogo entre o Prof. Marcos Leite Garcia e o Prof. Manuel Atienza. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; Roesler, Claudia Rosane. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 7-41.

católica irá aceitar os direitos humanos e recorda ainda que quase ninguém se lembra do Silabos e de outras encíclicas frontalmente contrárias aos direitos humanos[36]. Sem querer fazer uma defesa de Marx, Atienza faz um esforço para situar a obra de Marx em seu devido lugar, "(...) uma vez que devemos ter em conta que a ideologia dos direitos humanos é uma ideologia muito recente e que praticamente até a metade do século XX foi uma ideologia muito minoritária" (N). Destaca ainda o professor Atienza que as razões de Marx para negar valor aos direitos humanos provindos das revoluções liberais burguesas eram diferentes das razões da Igreja Católica. As razões de Marx eram "progressistas" que apontavam para o futuro, enquanto que as razões dos conservadores católicos apontavam ao passado e à conservação de um poder baseado numa preconceituosa e histórica tradição que pretende justificar a diferença entre os diversos estamentos da sociedade feudal. Não é difícil comprovar a visão conservadora e o contexto histórico do pensamento católico, basta ler as encíclicas papais da época[37], que pelo menos exprimem a visão oficial da Igreja e autores como Joseph de Maistre[38] e Louis de Bonald[39]. O nosso contemporâneo filósofo alemão Jürgen Habermas em "Teoria e Praxis", acertadamente e com a visão privilegiada de nosso tempo, leciona que o Direito Natural Racionalista (jusracionalismo) é o movimento mais revolucionário de todos os tempos exatamente por trazer a igualdade de todos os seres humanos por primeira vez planteado desde o Direito[40]. Significa dizer: igualdade perante à lei! Igualdade posteriormente positivada em todos os ordenamentos jurídicos e que é um dos pilares da construção democrática de nossa Era, mas a grande questão é que essa igualdade deve ser formal ou real, na visão de Luigi Ferrajoli essa igualdade deve ser formal e substancial ao mesmo tempo, uma vez que a questão que dá substância ao Estado Constitucional de Direito, exatamente será como na prática é tratada a igualdade formal e material.

Em sua obra "Marx y los Derechos Humanos", no mesmo sentido que em nossa entrevista, o professor Atienza, mantém uma postura ecumênica no mesmo sentido que Norberto Bobbio em "Nem com Marx, nem contra Marx"[41], não oculta a crítica de Marx ao panteon da ideologia burguesa das liberdades nem sua reivindicação dos direitos da classe trabalhadora explorada e

36 ATIENZA, Manuel; GARCIA, Marcos Leite. A leitura de Karl Marx dos Direitos do Homem e do Cidadão e suas conseqüências para a Teoria Contemporânea dos Direitos Humanos. p.

37 O pensamento oficial da Igreja Católica dos séculos XIX e XX estão relatados nos erros da modernidade apontados nas encíclicas papais como as tais.

38 Joseph de Maistre (1753-1821) é um dos autores conservadores mais importantes e sua negação aos direitos humanos está baseada na tradição do poder monárquico e na autoridade estamental do sangue azul dos nobres e do alto clero. De Maistre foi Conde e teve seus privilégios perdidos com a Revolução Francesa. Seu clássico livro reacionário contra à Revolução Francesa, *Considérations sur la France* (escrito em 17XX no calor da contrarevolução), felizmente foi publicado recentemente em nosso idioma: MAISTRE, Joseph de. **Considerações sobre a França**. Tradução de Rita Sacadura Fonseca. Coimbra: Edições Almedina, 2010. 309 p.

39 Louis-Ambroise de Bonald (1754-1840) é outro dos autores conservadores importantes que contra a Revolução Francesa tenta justificar o poder do Rei, dos nobres e do alto clero em seu também clássico *Théorie du pouvoir politique et religieux* (escrito em 1796). Nossa referência: BONALD, Louis-Ambroise. **Teoría del poder político y religioso**. Tradução de Julián Morales. Madrid: Tecnos, 1988. 179 p. De Bonald também era um nobre como De Maistre, uma vez que foi Visconde e teve seus privilégios perdidos com a Revolução Francesa.

40 HABERMAS, Jürgen. Derecho Natural y Revolución.

41 BOBBIO, Norberto. **Nem com Marx, nem contra Marx**. Tradução Marco Antonio Nogueira. São Paulo, Editora UNESP, 2006.

muitas vezes justificada em nome de tais liberdades. Chama a atenção o professor de Alicante para o fato do contexto histórico que viveu Marx em pleno século XIX[42]. Marx não há sido compreendido fora do contexto de seu tempo, uma vez que somente a primeira geração dos direitos humanos estavam positivadas e que ainda não estava positivada a segunda geração dos direitos. Marx passou a história como um negador do conceito de direitos humanos, mas na opinião de Atienza Marx deve também ser tido como um construtor do ideal dos direitos humanos.

O livro do professor Atienza é importante porque sua análise é feita sem preconceitos nem idolatria de Marx e com estrita vocação à neutralidade reflete sobre aspectos do pensamento menos conhecidos e mais distantes do jovem Marx sobre os fundamentos de sua oposição da concepção burguesa das liberdades.

… … …

Outra leitura importante da doutrina espanhola é a de Carlos Eymar em seu livro "Karl Marx, crítico de los derechos humanos"[43]. Eymar acertadamente em nossa opinião relaciona a atitude inicial de Marx sobre os direitos humanos com o clima ideológico da Ilustração e da Revolução Francesa. Em este sentido diz: (…) o jovem Marx é um jacobino racionalista, mediatizado do Hegel, que comparte muitos dos princípios da Grande Revolução (…)[44]". Mesmo assim ressalta Carlos Eymar que Marx denuncia já em seus escritos de juventude a gravíssima traição da burguesia que chega ao poder de sua Revolução. Traição esta que está implícita em sua prática no que se refere aos direitos humanos, às liberdades, ao sufrágio restrito do tipo censitário[45], ou seja que sobretudo no âmbito econômico e político operam como categorias adscritas à defesa dos interesses privados da classe burguesa[46].

Na importante e acertada opinião de Eymar o legado crítico de Marx segue sendo em nossa era atual e proveitoso, uma vez que ainda hoje subsistem numerosas e terríveis realidades de opressão, indigência e injustiças como a extrema miséria de boa parte de população mundial que: "ainda que não provenham de uma burguesia decadente, permitem qualificar de fraseologia ou ideologia muitas das vigentes e ampulosas declarações de direitos"[47].

Considerações finais no *sendero* de Pérez Luño.

Um estudo mais recente é o realizado pelo professor Antonio Enrique Pérez Luño[48] no qual

42 Para uma introdução no contexto do século XIX que viveram Marx e Engels, muito interessante é o trabalho do amigo de Marx: ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. Tradução de B.A. Shumann. São Paulo: Boitempo, 2008. 383 p.

43 EYMAR, Carlos. **Karl Marx, crítico de los derechos humanos**. Madrid: Técnos, 1987. 197 p.

44 EYMAR, Carlos. **Karl Marx, crítico de los derechos humanos**. p. 185.

45 ROSANVALLON, Pierre. **La consagración del ciudadano**: historia del sufragio universal em Francia. Tradução Ana García Begua. México: Instituto Mora, 1999. 449 p.

46 EYMAR, Carlos. **Karl Marx, crítico de los derechos humanos**. p. 34.

47EYMAR, Carlos. **Karl Marx, crítico de los derechos humanos**. p. 150.

48 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. El puesto de Marx en la historia de los derechos humanos. *In*: PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael; ANSUÁTEGUI ROIG, Fco. Javier. **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo III. Siglo XIX. Vol. II. Libro II. La filosofía de los Derechos Humanos. Madrid: Dykinson, 2008. p. 973-1031.

recorda acertadamente a teoria das necessidades de Marx como fundamento de sua crítica aos burgueses direitos do homem e do cidadão de 1789. Para o professor Pérez Luño não parece lícito absolver a Marx da responsabilidade que lhe incumbe, pelas contradições e ambigüidades de sua reflexão sobre os direitos humanos, sobretudo pelos acontecimentos posteriores realizados em seu nome, mas em nome de uma acertada neutralidade ao professor de Sevilha é correto não somente apontar as sombras do pensamento de Marx, mas também suas luzes sobre os direitos humanos[49]. O mais relevante para Pérez Luño seria a denúncia de Marx do caráter abstrato, frio e ilusório do pensamento e da teoria burguesa dos direitos, assim a crítica de Marx marca o rumo por uma concepção mais realista dos direitos humanos[50]. A impugnação do reducionismo individualista e egoísta das liberdades burguesas abriu a alameda para as reivindicações dos direitos de segunda geração, do processo de generalização, sejam direitos sociais como a educação para todos, saúde pública, liberdades como de associação e de reunião, e a respectiva sindicalização dos trabalhadores, dos direitos trabalhistas e de toda a gama dos futuros direitos de solidariedade. Em tempos atuais, nos quais seguem a demonização dos partidos políticos de signo trabalhista pelos poderes selvagens da mídia oligárquica, o obra de Marx sobre direitos humanos continua tendo valia.

Referências

AGUILÓ REGLA, Joseph. Tensiones del constitucionalismo y concepciones de la Constitución. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. **El canón neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010. p. 247-263.

ATIENZA, Manuel. **Marx y los derechos humanos**. Madrid: Mezquita, 1983. 280 p.

ATIENZA, Manuel; GARCIA, Marcos Leite. A leitura de Karl Marx dos Direitos do Homem e do Cidadão e suas conseqüências para a Teoria Contemporânea dos Direitos Humanos: diálogo entre o Prof. Marcos Leite Garcia e o Prof. Manuel Atienza. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; Roesler, Claudia Rosane (org). **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 7-41.

BERLIN, Isaiah. **Dos conceptos de libertad y otros escritos**. Tradução de Ángel Rivero. Madrid: Alianza, 2001. 160 p. Título original: *Two Concepts of Liberty* (1958).

BERLIN, Isaiah. **Karl Marx**: su vida y su entorno. Tradução de Roberto Bixio. Madrid: Alianza Editorial, 2000. 240 p. Título original: *Karl Marx: His Life and Environment*.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p. Título original: L'età dei Diritti (1990).

BOBBIO, Norberto. **Nem com Marx, nem contra Marx**. Traduação Marco Natonio Nogueira. São Paulo, Editora UNESP, 2006. Título original: *Né con Marx, né contra Marx* (1997).

BONALD, Louis-Ambroise. **Teoría del poder político y religioso**. Tradução de Julián Morales.

49 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. El puesto de Marx en la historia de los derechos humanos. p. 1020.
50 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. El puesto de Marx en la historia de los derechos humanos. p. 1020.

Madrid: Tecnos, 1988. 179 p. Título original: *Théorie du pouvoir politique et religieux* (1796).

BOVERO, Michelangelo. La liberdad y los derechos de libertad. In: BOVERO, Michelangelo (Coord.). **¿Cuál libertad?** Tradução de Ariella Aureli Sciarreta. México: Oceano, 2010. p. 21-46. Título original: *Quale libertá* (2004).

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 5.ed. Saraiva, 2007. 577 p.

ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. Tradução de B.A. Shumann. São Paulo: Boitempo, 2008. 383 p. Título original: *Die Lage der Arbeitenden Klasse* (1845).

EYMAR, Carlos. **Karl Marx, crítico de los derechos humanos**. Madrid: Técnos, 1987. 197 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo.** Ed. de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008. p. 373 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999. 180 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selavajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. 109 p. Título original: *Poteri selvaggi*.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. Título original: *Costituzione* (1999).

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. *In*: MARTEL, Letícia de Campos Velho (Org.). **Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 3-26.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. *In:* VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 189-209.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesus. **Autonomía, dignidad y ciudadanía:** Una teoría de los derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. 542 p.

GONZÁLEZ VICEN, Felipe. **Teoría de la Revolución**: sistema e historia. 2.ed. 2010 (1.ed. 1932). Madrid/México: Plaza y Valdés, 2010. 125 p.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. *In*: Os Pensadores – Kant (II). Tradução de Paulo Quintanela. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 103-162. Título original: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*.

MAISTRE, Joseph de. **Considerações sobre a França**. Tradução de Rita Sacadura Fonseca. Coimbra: Edições Almedina, 2010. 309 p. Título original: *Considérations sur la France* (1797).

MARX, Karl. **Escritos de juventud**. Buenos Aires: Antídoto, 2006. 174 p.

MARX, Karl. Teses contra Feuerbach. In: **Marx** – Coleção: Os pensadores. Tradução de José Arthur Giannotti. 4.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 159-163. Título original: *Thesen über Feuerbach*. (1845).

MATEUCCI, Nicola. **Organización del poder y liberdad**: Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. 318 p. Título original: *Organizzazione del potere e libertá* (1988).

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. 720 p.

PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982. 224 p.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. El puesto de Marx en la historia de los derechos humanos. *In*: PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael; ANSUÁTEGUI ROIG, Fco. Javier. **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo III. Siglo XIX. Vol. II. Libro II. La filosofía de los Derechos Humanos. Madrid: Dykinson, 2008. p. 973-1031.

ROSANVALLON, Pierre. **La consagración del ciudadano**: historia del sufragio universal em Francia. Tradução Ana García Begua. México: Instituto Mora, 1999. 449 p. Título original: *Le sacre du citoyen* (1992).

WOLKMER, Antonio Carlos. O direito como humanismo social e possibilidade de emancipação: Karl Marx. In: _____. **Fundamentos do Humanismo no Ocidente**. Barueri: Manole, 2005. p. 129-144.

ZIZEK, Slavoj. **Primeiro como tragédia, depois como farsa**. Tradução de Maria Beatriz de Madina. São Paulo: Boitempo, 2011. 133 p.

ASPECTOS HISTÓRICOS DA DOUTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL E SUA INFLUÊNCIA NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO DURANTE O REGIME AUTOCRÁTICO DE 1964 A 1969.

Moacir Henrique Júnior[1]
Ana Carolina Dias Tobias[2]

Sumario: Introdução. 1. Da doutrina de segurança nacional. 1.1. Origem da doutrina de segurança nacional. 1.2. Conceito e características da segurança nacional. 2. A natureza jurídica dos atos institucionais, dos atos complementares e decretos-lei, e suas consequências no âmbito do poder judiciário. 2.1. Ato Institucional nº 1. 2.1.1. Considerações iniciais. 2.1.2. Eficácia alcançada e reflexos no funcionamento do Supremo Tribunal Federal. 2.2. Ato Institucional nº 2. 2.2.1. Considerações iniciais. 2.2.3. Eficácia alcançada e reflexos no funcionamento do Supremo Tribunal Federal. 2.3. Ato Institucional nº 5. 2.3.1. Considerações iniciais. 2.3.2. Eficácia alcançada e reflexos no funcionamento do Supremo Tribunal Federal I. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro viveu um período autoritário entre 1964 e 1985. Este período autoritário esteve marcado pela produção de normas de consolidação institucional do regime autocrático que se caracterizou pelos seguintes marcos: a) Edição de uma nova Constituição em 1967, nominalmente editada por representação popular e que consagra os marcos institucionais do regime autocrático; b) Produção, ao longo do período 1964 a 1977, de normas paraconstitucionais, uma normatividade paraconstitucional que invoca a ideia de uma ditadura soberana, a produção incessante de um poder constituinte investido de

[1] Mestre em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona (UB), Advogado e Professor da graduação e pós-graduação em Direito da Faculdade Politécnica de Uberlândia-MG. E-mail: prof.moacir.fpu@gmail.com.
[2] Acadêmica do 6º Período do Curso de Direito da ESAMC Uberlândia-MG. E-mail: carolzinha.caroldias@gmail.com.

funções pela soberania popular não representativa[3], e c) as normas paraconstitucionales eram editadas sob a forma de ato institucional, que foi o instrumento legislativo de maior poder, empregado pelos militares à época dos fatos, sendo utilizado inclusive para fins de modificação da Constituição em vigor (segundo o pensamento *Kelseniano*, gozariam estes de uma maior hierarquia, inclusive sob a própria Constituição).

O objeto de estudo se centrará responder à seguinte pergunta: Como influiu a promulgação de normas autoritárias constitucionais e paraconstitucionales durante o Regime Ditatorial brasileiro na violação de direitos e garantias fundamentais individuais sob a fundamentação ideológica da proteção da segurança nacional e da criação de um estado de exceção?

Por certo que a ampliação de competências se fez com a limitação do campo das liberdades fundamentais e das normas de garantias institucionais e do considerado manejo do devido processo legal. Como fundamento da produção de tais normas, sempre houve a invocação de um poder constituinte, soberano e autoritário, capaz de criar normas de funcionamento institucional, invocando o fundamento de legitimidade de um poder constituinte soberano e autoritário, extraído da teoria do "decisionismo" do Carl Schmitt[4] e justificado pelo "estado de exceção" também do Schmitt[5].

Desta forma, este artigo não se limitará a indicar as mudanças das normas constitucionais e paraconstitucionales que limitaram as liberdades fundamentais no Brasil. Também quer explicar as razões destas mudanças e seus reflexos nas demais instituições afins.

Buscar-se-á reconhecer se a maioria das violações aos direitos constitucionais se fez utilizando como pretexto a Segurança Nacional, a qual estava apoiada na "doutrina da segurança nacional" originada nos Estados Unidos da América e que se caracterizava pela constante preocupação pela guerra, não só no âmbito exterior, mas também no interior, onde qualquer poderia ser um conspirador contra o Estado, dado que no momento histórico da ditadura militar brasileira, o mundo se encontrava dividido entre o capitalismo ocidental e o comunismo do leste europeu, assim, a maioria dos países vivia em estado de alerta de guerra permanente, motivo pelo qual, a Segurança Nacional passou a obstaculizar em todos os setores da vida humana e consequentemente na forma de administração do Estado.

Apresentar-se-á que no âmbito brasileiro, percebe-se que a Segurança Nacional acabou por ser elevada a valor fundamental do Estado, afetando a forma do governo e

[3] Em todas as Constituições brasileiras no período republicano em seu artigo primeiro descrevia que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido, todavia, durante o regime autocrático, ainda que os governantes justificassem que o poder teria proveniência do povo, estas não elegiam os seus representantes (não havia representação direta). O executivo militar exercia o poder em nome do povo, mas sem o povo, motivo pelo qual foi denominada *soberania popular não representativa*.
[4] Schmitt, 1998, p. 71-72.
[5] Idem, 2001, p. 23.

também o ordenamento jurídico nacional, aqui é pertinente ressaltar o forte impacto sofrido pelo Supremo Tribunal Federal, pois sendo este o guardião dos Direitos e Garantias individuais, acabou por ver sua competência limitada e posteriormente neutralizada, sob a alegação de que se buscava um bem maior, que era a "Segurança Nacional".

A pesquisa e o artigo ora apresentados justificam-se, dentre outras coisas, pelos seguintes motivos: em primeiro lugar pelo direito à memória e à verdade sobre tema tão importante conhecimento das violações aos direitos fundamentais e a supressão da atuação do Supremo Tribunal Federal para salvaguardar estes direitos no período militar de 1964 a 1969; em segundo lugar, pois é justamente conhecendo a história de violação e manobras políticas, que se construí uma nova Nação; em terceiro lugar, pelo *animus* de contribuir com uma delimitação histórico-jurídica sobre tema de grande relevância no Direito brasileiro.

Para a consecução dos objetivos aqui propostos utiliza-se de pesquisa teórica, com predominância do método dedutivo e análise de obras e artigos da área do direito constitucional, do direito da segurança nacional, história do direito. Além disso, utiliza-se, também, de pesquisa documental, realizando-se a análise de determinados dispositivos das Constituições de 1967 em diante e o estudo dos cinco primeiros Atos Institucionais e seus respectivos reflexos perante o Supremo Tribunal Federal.

1. DA DOUTRINA DA SEGURANÇA NACIONAL

Conforme preleciona Hélio Bicudo[6]:

> [...] o problema da segurança nacional é uma preocupação geral das nações em todos os tempos, e não uma preocupação de hoje. Desde o momento em que as nações se constituem, manter a segurança do Estado, que representa a Nação, e da Nação enquanto constituída dos seus cidadãos, é questão que desde logo se impõe [...].

Contudo, não obstante a citação alhures constata-se que durante o regime autocrático, a expressão *segurança nacional* se revestiu de um significado diverso do que deveria ter, qual seja "defesa da Nação, defesa da Pátria, defesa dos cidadãos que compõem uma nação" [7] vez que pós 1964 passou a ter no Brasil o significado de segurança de um dado sistema político e, mais especificamente, das pessoas que compunham esse mesmo sistema político. Assim, para compreender um pouco mais sobre referido instituto, mister se faz estudar a sua origem.

[6] 1986, p. 8.
[7] Ibidem, passim.

1.1. ORIGEM DA DOUTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL

Como já mencionado na parte introdutória do presente estudo, o conceito de segurança nacional se originou nos Estados Unidos da América, e este com a expansão de sua área de influência, alterou substancialmente o significado inicial da ideia de segurança nacional, passando esta ser um conceito de "dentro para fora" [8], assim, no interesse da segurança do império americano foram tomadas medidas dentro dos países que estavam sob sua esfera de influência (como era o caso do Brasil), que tinham como objetivo impedir qualquer movimento que ameaçasse ou até mesmo contrariasse a manutenção e desenvolvimento deste império.

A expansão deste conceito estadunidense se deu durante o período conhecido por guerra fria, com uma consequente institucionalização de uma ideologia de segurança nacional a qual não distinguia o inimigo externo do interno, assim, todos os cidadãos poderiam ser potenciais inimigos do Estado.

No âmbito do governo brasileiro, a doutrina da segurança nacional, começou a ser implantada durante a guerra fria e após a criação da Escola Superior de Guerra, vez que os seus estudos se desenvolveu com o auxílio de técnicos norte-americanos durante vários anos.

Importante ressaltar que a referida doutrina se desenvolveu de igual forma e outros países da América Latina, tais como: Chile, Argentina, Bolívia, Peru, Colômbia, ou seja, quase toda América do Sul, tal manobra tinha como escopo "preservar a posição dos Estados Unidos e em especial tranquilizar o seu flanco sul" [9].

Apresentada a síntese da origem histórica da segurança nacional, acredita-se que deve ser analisada a conceituação do instituto, o que será feito logo a seguir.

1.2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA SEGURANÇA NACIONAL

No início do presente capítulo, mencionou-se que inicialmente a segurança nacional era compreendida como segurança da Nação, mas como se sabe, o termo Nação se reveste de considerável amplitude, assim, buscando traduzir este instituto nos termos utilizados durante o regime autocrático, primeiramente apresenta-se o artigo 86 da Constituição de 1967, com redação que lhe foi dada pela Emenda nº 1, *in verbis*: "Tôda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei".

Desta feita, extrai-se que segurança nacional era considerada:

[8] Ibidem, p. 9.
[9] Ibidem, p. 10.

> [...] a completa funcionalidade das coisas essenciais que se prendem direta ou indiretamente à Coletividade Humana, por esta preservada através do seu respectivo Estado. Baseia-se na valorização da eficiência. É a conceituação do Autor [...] [10].

Para melhor compreender o conceito esposado alhures, é necessário entender o que o Mário Pessoa quis dizer com funcionalidade, assim, pelo que se percebe da obra deste autor, a ideia de funcionalidade implica em afastar os perigos, antagonismos e pressões que viessem afrontar a Nação, bem como poderia se traduzir em uma eliminação absoluta das vulnerabilidades que pudessem debilitar a Coletividade Humana em sua intrínseca conexão nacional[11].

Em termos de caraterísticas, este mesmo autor diz que a segurança nacional é *indivisível*, pois não há como separar os seus âmbitos de atuação interno e externo, bem como não há como ser afetada apenas parte do Poder Nacional, ou seja, aquilo que for afetado acaba por contaminar o resto.

A segurança nacional também é caracterizada pela *relatividade* e pela *adaptabilidade*, onde a primeira diz respeito a um julgamento conjuntural de valores, e segunda por um processo de correção e reajustamento permanente em face de fatos novos.

Por fim, tem-se a *mobilidade*, a qual no entendimento deste pesquisador se traduz na maior e mais perigosa característica da segurança nacional. Pede-se vênia a Mário Pessoa[12] para citar os seus ensinamentos, *verbo ad verbum*:

> [...] A teoria da balança dos poderes é expressão realística dessa mobilidade. A todo instante pode baixar um dos pratos da balança para depois voltar, numa variedade de prazos que se não podem fixar a *priori*, à posição anterior em consequência de novos pesos que o adversário ameaçado colocara sobre o seu próprio prato. Restabelece-se assim, por esse complicado jogo de conchas, o equilíbrio das forças que se antagonizam. De certo, não há critério seguro para a manutenção do *status quo* nessa competição. O que se admite como provável e que deprecia, até certo ponto, o valor do sistema, como fiador da Segurança Nacional, é o ataque de surpresa (valoroso conceito tático) ou o aparecimento surpreendente de arma nova contra a qual não exista defesa adequada [...].

Neste ponto, o presente estudo dará seguimento com o exame dos atos institucionais, atos complementários e decretos-lei criados pelo governo autocrático brasileiro durante o regime ditatorial, onde fazendo uso desta mobilidade, acabaram por

[10] Pessoa, 1971, p. 99.
[11] Para Mário Pessoa, a segurança nacional se traduzia como o centro gravitacional de todas as políticas existentes, fossem elas: interna, externa e internacional (1971, p. 100).
[12] 1971, p. 101-102.

suprimir a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, na defesa e manutenção das garantias fundamentais dos cidadãos.

2. A NATUREZA JURÍDICA DOS ATOS INSTITUCIONAIS, DOS ATOS COMPLEMENTARES E DECRETOS-LEI, E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO.

A preocupação inicial dos militares revolucionários de 1964, pós-ocupação do Poder Executivo, foi tornar legítima e lícita a revolução, ao passo que para se alcançar a referida legitimidade e legalidade algumas alterações em termos de legislação deveriam ser feitas, motivo pelo qual, revolucionários iniciaram um processo de transformação de seus ideais em normas jurídicas.

Alfredo Buzaid[13] descreve que para que o executivo do regime ditatorial pudesse ter êxito deveria inicialmente, corrigir e eliminar as lacunas na legislação atual, e se necessário, substituí-las no todo ou em parte, razão pela qual tomou lugar a introdução de duas novas espécies normativas: o ato institucional e o ato complementar e o retorno da figura do Decreto-lei, o qual havia sido extinto pela Constituição brasileira de 1946.

De forma bastante didática Octávio Lucas Solano Valério[14] apresenta a hierarquia das legislações brasileiras durante o regime autocrático de 1964 a 1969. Assim, no ápice da hierarquia se encontrava (i) os atos institucionais; (ii) atos complementares (com previsão legal nos atos institucionais); (iii) decretos-leis (criados por atos institucionais ou atos complementares); (iv) leis complementares; e (v) leis ordinárias, decretos-leis e lei delegada.

O executivo do regime ditatorial buscava filtrar no ordenamento jurídico brasileiro de normas que fossem favorecer o sistema político autocrático, buscando assim, a prevalência de seus interesses através do devido processo legislativo diante do Congresso Nacional, no entanto, caso a negociação da votação não fosse aceita pela Casa Legislativa ou esta se encontrasse em recesso por meio de decreto do próprio executivo, o governo militar utilizaria os atos institucionais, atos complementares e decretos-leis para regular seus ideias e suas pretensões legislativas.

Assim, como descrito no final do primeiro capítulo, percebe-se que por força da mobilidade da segurança nacional, o instituto do ato institucional foi o instrumento legislativo de maior poder utilizado pelos militares, sendo utilizado inclusive para modificação da Constituição em vigor há época dos fatos. Ao analisar a natureza jurídica do ato institucional, grande parte dos juristas foram unânimes em descrever que esta figura

[13] 1971, p. 1-22.
[14] 2010, p. 78.

normativa ostentava um grau hierárquico superior à própria Constituição brasileira. Utilizando dos ensinamentos de Hans Kelsen e observando a pirâmide do ordenamento jurídico brasileiro, o ato institucional se encontrava no ápice do ordenamento, superior a Magna Carta[15].

No que diz respeito aos atos complementares, estes são uma figura normativa criado com o advento do Ato Institucional de nº 2, em acaba por conservar a natureza legislativa, tendo como objetivo complementar uma norma já em vigor, sendo utilizado por outro lado, sendo utilizado como instrumentos de regulação das normas constitucionais, e por estarem hierarquicamente submetidos à Constituição, poderiam ser revisados quanto a sua constitucionalidade por ato do Poder Judiciário.

A figura normativa do decreto-lei foi reintroduzida no ordenamento jurídico brasileiro também pelo Ato Institucional nº 2, e inicialmente foi utilizado para tratar dos aspectos que envolviam a segurança nacional, e mais tarde, no Ato Institucional nº 4, este volta a ser analisado nos mesmos termos, sem embargo, fora estabelecido um prazo para sua instituição. Em linhas gerais, através da Constituição brasileira de 1967, poderia o Presidente, em caso de urgência ou de relevante interesse público – em matérias que afetariam a segurança nacional e as financias públicas – editar decretos-leis sem consultar o Congresso Nacional. Contudo, foi justamente com o advento do Ato Institucional nº 5, que a figura dos decretos-leis se popularizou, pois em seu artigo 2º, parágrafo 1º, uma vez decretado o recesso parlamentário, poderia o Presidente da República, legislar em todas as matérias. A propósito cita-se:

> Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sitio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.
>
> § 1º - Decretado o recesso parlamentar, **o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios**. (grifo nosso)

Se questionado qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da validade jurídica das normas analisadas alhures, em especial os Atos Institucionais, perceberá que desde o princípio esse órgão judicial reconheceu a vigência e a validade das

[15] Segundo Said Farhat (1996, p. 58) "situavam-se acima da Constituição, na hierarquia das leis, e foram repetidamente utilizados para emendá-la. Seu conteúdo e seus efeitos eram imunes à revisão judicial". Hely Lopes Meirelles (1968, p. 419) por seu turno aduz que o ato institucional "equivale à Emenda Constitucional transitória, editada em caráter e formas excepcionais [...] modifica a Constituição [...] e demais normas legais que colidirem com seus dispositivos".

mesmas, não chegando a haver dentro do Plenário nenhuma discussão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade destas normas.

Feitas estas considerações acerca da natureza jurídica, validade e vigência dos atos institucionais, atos complementares e decretos-leis, será apresentada de forma bastante resumida dentre os cinco primeiros atos institucionais baixados pelo governo castrense, seus principais aspectos e consequências frente à atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

2.1. ATO INSTITUCIONAL Nº 1

2.1.1. Considerações iniciais

A situação histórica vivenciada pelo Brasil no momento em que o Ato Institucional nº 1 foi baixado era clara, havia acabado de ocorrer uma revolução, e os militares e civis simpatizantes com o movimento revolucionário haviam tomado o poder. Desta forma, a preocupação inicial do executivo militar era afirmar o seu poder e regulamentar através de normas os ideais revolucionários, motivo pelo qual foi editado o primeiro ato com o objetivo específico de legitimar a revolução. Assim, percebe-se que o Ato Institucional nº 1 trazia a seguinte preocupação em sua exposição de motivos:

(i) O movimento civil e militar ocorrido em abril de 1964 foi concebido por seus membros como uma verdadeira revolução, acrescentando que esta conflagração difere de outros movimentos armados por não descrever os interesses e desejos de um grupo, mas sim o interesse e vontade da Nação; (ii) A revolução se reveste no exercício do Poder Constituinte, e se legitima por si mesma, destituindo o governo anterior e constituindo um novo governo, passando a editar normas jurídicas; (iii) A revolução apresentava a justificativa através da qual deveria ser institucionalizada, visando a realização dos objetivos revolucionários, de forma que o comando revolucionário decidiu principalmente impedir a ameaça do antigo governo de bolchevizar o país, já que as antigas formas constitucionais foram frustradas neste intento; (iv) Como defensores da legalidade e provando ser moderada, a Constituição de 1946 foi mantida, sendo modificada apenas a parte relativa aos poderes do Presidente da República, como forma de garantir que este possa cumprir a missão de restaurar a ordem econômica e financeira do Brasil e tomar as medidas urgentes capazes de drenar da sociedade brasileira os ideais comunistas que haviam se infiltrado não apenas na cúpula do governo executivo mas também nas dependências administrativas; e (v) Buscando equilibrar os poderes, também foi mantido inalterável o Congresso Nacional, no que diz respeito as reservas relativas aos seus poderes.

Diante dos motivos descritos, nascem as seguintes indagações: Quais seriam as eficácias alcançadas com o presente ato institucional? Considerando que o Poder Legislativo foi mantido inalterado, houve algum reflexo deste ato no âmbito da atuação do Poder Judiciário a exemplo do outrora ocorrido no Estado Novo de Getúlio Vargas? Os próximos tópicos se ocuparam em tentar responder os referidos questionamentos.

2.1.2. Eficácia alcançada e reflexos no funcionamento do Supremo Tribunal Federal.

Considerando a base de julgados consultados para a confecção do presente ensaio, foi possível verificar que o Supremo Tribunal Federal veio a julgar as primeiras ordens de *habeas corpus* pós-revolução apenas em 1º de junho de 1964, sendo julgados cinco processos, quais sejam: a) 40.606; b) 40.649; c) 40.651; d) 40.652 e e) 40.655, em que figuravam como pacientes presos políticos que se encontravam segregados cautelarmente após o movimento militar. Não obstante a situação dos pacientes, a maioria dos ministros do Supremo decidiu não conhecer os *habeas corpus* sob o fundamento de que seria aquele órgão originalmente incompetente para conhecer da matéria, declinando a competência para o Supremo Tribunal Militar. Importe registrar aqui as exceções, que se traduziam nos votos dos ministros Pedro Chaves e Villas Boas, os quais entendiam pelo conhecimento dos *habeas corpus* argumentando que em caso de urgência, o Supremo poderia conhecer da demanda, nos termos do artigo 101, inciso I, letra "h" da Constituição de 1946, e no mérito votaram pela concessão das ordens.

Este entendimento majoritário, contudo foi se alterando com o passar dos meses, ao ponto de começar o Supremo firmar posicionamento de que competência para conhecer de *habeas corpus* em caso de prisão supostamente "ilegal" deveria ser fixada pelo tipo de delito cometido pelo qual o paciente se encontrasse processado, como exemplo pode-se citar o julgado 40.865 do Supremo Tribunal Federal[16].

Mas ao final de 1964, a postura complacente do Supremo começou a mudar, pois no julgamento do *habeas corpus* 40.974 em 1º de outubro de 1964, pelo voto do Ministro Villas Boas, acompanhado da unanimidade, foi concedida a ordem para declarar a incompetência da justiça miliar pela prisão de um civil pela prática de crimes previstos na Lei de Segurança Nacional, e ainda no mesmo mês o início da concessão de ordem de *habeas corpus* pelo excesso de prazo na formação da culpa, passando inclusive os ministros do Supremo fundamentar suas decisões no artigo 222 do Código de Justiça Militar e artigo 43,

[16] Parte do julgado dizia que "não está sujeito à jurisdição militar o civil acusado da prática de delito comum não enquadrável nas hipóteses previstas pela Lei 1.802, de 5 de janeiro de 1953, artigo 42. Ilegalidade de prisão ordenada por autoridade incompetente. Recurso conhecido e provido para concessão de habeas-corpus, sem prejuízo do prosseguimento das investigações e de porventura cabível ação penal".

§2º da Lei de Segurança Nacional (*habeas corpus* 41.018, 41.020, 41.029 e 41.036). Por fim, o caso de maior repercussão que marcara a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, foi o julgamento do *habeas corpus* 42.108, onde o paciente Miguel Arraes, governador do Estado de Pernambuco teve o seu foro de prerrogativa de função resguardado, utilizando-se como fundamento a Súmula 397 daquele Tribunal.

Desta feita é perfeitamente possível constar uma evolução no posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente às violações a direitos fundamentais existentes durante o período autocrático, evolução esta que começou a causar desconforto e descontentamento por parte da linha dura do executivo militar.

2.2. ATO INSTITUCIONAL Nº 2

2.2.1. Considerações iniciais

Este ato institucional foi editado durante o governo do Presidente militar Castello Branco sob os mesmos fundamentos já apresentados no item 2.1., contudo, alguns fatos relevantes mereceram destaque nesta parte introdutória do Ato Institucional nº 2.

Pode-se dizer que este ato foi baixado em 27 de outubro de 1965 e diante de seu conteúdo o Poder Judiciário sofreu uma intervenção direta por parte do executivo militar, vez que com este ato, todas as pessoas detidas pela suposta prática de crimes contra a Segurança Nacional seriam processadas e julgadas pela Justiça Militares, fato que até então era de competência da justiça comum.

De igual forma, impende registrar que o número de ministros do Supremo passou de 11 (onze) para 16 (dezesseis), todos de indicação da cúpula do governo revolucionário. Neste ato também todos os partidos políticos foram extintos, criando somente 02 (dois) partidos: a Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB). E as eleições para Presidente da República foram alteradas para a forma indireta, com a transferência da eleição do Chefe de governo pelo Congresso Nacional.

Este ato ainda concedeu ao chefe do executivo militar o poder de suprimir ou proibir a vida pública de seus opositores, decretar estado de sítio por 180 (cento e oitenta) dias sem a consulta do Congresso e autorizou o Chefe de governo a despedir sumariamente os funcionários em caso de não exercício de suas atividades laborais ou no caso de ser contra os ideais revolucionários. Por fim, poderia ainda o Congresso Nacional sofrer intervenção do Executivo e ser fechado em qualquer tempo, assim como os Estados e Municípios, poderia sofrer intervenção federal, sem advertência prévia, tudo em nome da “segurança nacional”.

Registre ainda que, todas as instituições ficaram subordinadas ao Conselho de Segurança Nacional que passaria a editar diretrizes, aconselhando o Presidente, sob a forma com que o Executivo militar deveria se portar perante a Nação.

2.2.2. Eficácia alcançada e reflexos no funcionamento do Supremo Tribunal Federal.

Como já adiantado, o Ato Institucional nº 2, teve o objetivo central de atacar diretamente as eventuais ameaças do Supremo Tribunal Federal ao desejado êxito da revolução por parte de seus líderes. As alterações no âmbito do Poder Judiciário trouxeram reflexos imediatos na organização da Justiça, seja em primeiro grau ou em segundo grau de jurisdição, com o retorno da Justiça Federal e ampliação do número de Desembargadores Federais para os Tribunais Regionais Federais e o número de Ministros para o Superior Tribunal Militar.

Contudo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal as modificações não ficaram restritas ao aumento de Ministro e o deslocamento de competência dos crimes contra a segurança nacional ao Superior Tribunal Militar, na verdade ocorreu um satisfatório número de mudanças, contudo, por questão de didática serão apresentados os 06 (seis) de maior relevância.

A primeira alteração como já descrito na parte introdutória foi o aumento de mais 05 (cinco) ministros, tendo tal modificação o escopo de diminuir a possibilidade de votos contrários aos ideais revolucionários, já que os ministros indicados eram de confiança do Executivo militar.

A divisão do Supremo em composição plenária e em turmas de cinco ministros foi a segunda alteração promovida pelo ato institucional, pois deu ensejo à emenda constitucional 15/65, que alterava a Organização do Judiciário, de forma que restou devidamente delineadas as matérias que seriam tratadas em cada uma das turmas criados, bem como as matérias que seriam tratadas no plenário[17].

[17] Segundo Otávio Lucas Solano Valério (2010, p. 136) "[...] 'O Ato Institucional nº 2 estabeleceu nova redação para o art. 94, parágrafo único da Constituição, fixando que 'o Tribunal funcionará em Plenário e divido em três Turmas de cinco ministros cada uma'. Quanto à competência das turmas e plenário, a Emenda 16/65 define que 'art. 5º. Ao art. 101 são acrescidos os seguintes parágrafos: §1º. Incumbe ao Tribunal Pleno o julgamento; (a) das causas de competência originária de que trata o inciso I, com exceção das previstas na alínea h, a menos que se trata de medida requerida contra ato do Presidente da República, dos Ministros de Estados, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do próprio Supremo Tribunal Federal; (b) das prejudiciais de inconstitucionalidade suscitadas pelas Turmas; (c) dos recursos interpostos de decisões das Turmas, se divergirem entre si na interpretação do direito federal; (d) dos recursos ordinários nos crimes políticos (inciso II, c); (e) das revisões criminais (inciso IV); (f) dos recursos que as Turmas decidirem submeter ao Plenário do Tribunal. §2º. Incumbe às Turmas o julgamento definitivo das matérias enumeradas nos incisos I, h (com ressalva prevista na alínea a do parágrafo anterior), II a e b, e III, deste artigo, e distribuídas na forma da lei [...]".

A terceira modificação foi à ampliação da competência da Justiça Militar para processar e julgar civis pela suposta prática de crimes contra a segurança nacional e não apenas de segurança externa, conforme menção especial do artigo 8º do referido ato.

Como quarta modificação, que acaba por se desenvolver como consequência da terceira está relacionada ao instituto do *habeas corpus*, assim, para poderem ser apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, antes devem necessariamente haver tramitado pela Justiça Militar.

Quanto a quinta e sexta modificação, se encontra na abolição de aplicação de lei mais específica, caso o delito também se encontre descrito na Lei de Segurança Nacional e ainda a extinção do instituto do foro privilegiado por prerrogativa de função, caso o investigado se encontre em fase de instrução processual por crime descrito na referida lei.

Com estas modificações apresentadas, houve a alteração de alguns entendimentos outrora firmados pelo Supremo, contudo, o posicionamento desta casa se manteve firme no que dizia respeito ao excesso de prazo para a formação da culpa e para a instrução de feitos criminais, já que as aludidas mudanças não alcançaram este entendimento.

Doutro giro, Valério[18] ressalta em seus estudos que desde 1967 ocorreu um sensível aumento do número de ordens de *habeas corpus* concedidas sob o fundamento da inexistência de justa causa para a persecução penal. Há de se ressaltar que neste momento Costa e Silva, militar de linha dura e nacionalista se encontrava a frente do executivo no Brasil, assim, considerando a sua preocupação em aumentar a repressão contra os subversivos aumentou ainda mais a repressão militar, de forma que o Sistema Nacional de Informações e os responsáveis pelos Inquéritos Policiais Militares temendo ações concretas de militares de esquerda, não finalizavam as investigações, bastando apenas pequenos indícios para a acusação, autuações que não eram aceitas pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste momento, diante as circunstâncias de repressão, as desaparições forçadas, torturas e violações de direitos sob a alegação de defesa da segurança nacional, o Supremo se reduzia a analisar as provas e novamente se omitiu de estudar detalhadamente o mérito da causa e as provas do mérito das violações e atos relacionados.

O último *habeas corpus* (46.470) decidido pelo Supremo e de grande repercussão social que envolvia estudantes universitários filiados a União Estudantil - UNE, com suspeitas de atividades comunistas e as vésperas do Executivo militar baixar o Ato Institucional nº 5, o Supremo concedeu a ordem de *habeas corpus* em favor dos estudantes da UNE, mesmo diante de muita discussão em plenário pelos presentes e pelos ministros. Não obstante a concessões das ordens de *habeas corpus* pelo Supremo em 12 de dezembro de 1968, os oficiais militares instruíram seus subordinados a não cumprir a

[18] Ibidem, p. 163.

referida ordem em 13 de dezembro do referido ano, pois tinham conhecimento de que naquela data seria baixado o Ato Institucional nº 5, assim nenhum estudante foi liberado.

2.3. ATO INSTITUCIONAL Nº 5

2.3.1. Considerações iniciais

Considerando a importância que este ato institucional tem para o presente trabalho, alinhado ao seu reflexo ante ao judiciário e em especial ao Supremo Tribunal Federal, serão apresentados aos dados históricos de grande relevância.

Ainda que o presente artigo não inclua o estudo dos dezessete atos institucionais editados durante os 20 anos de regime ditatorial no Brasil, pode-se dizer que o Ato Institucional nº 5 foi o instrumento jurídico de maior repressão utilizado pelos militares no combate de opositores e a grupos de esquerda, sob o fundamento de proteção da segurança nacional.

Por este ato institucional é possível dizer que os militares de linha dura se consolidaram no poder, e naquele momento sob o comando do Presidente Costa e Silva, caindo por terra assim, a abertura gradual idealizada pelo “Grupo Sorbonne”, do qual Castello Branco fazia parte, sendo denominado por alguns estudiosos de “golpe dentro do golpe” [19].

Novamente os ideais revolucionários foram reafirmados, deixando claro que os militares da linha dura permaneciam com o objetivo de assegurar a ordem democrática. A propósito cita-se trecho do preâmbulo do Ato Institucional nº 5 em que cita o preâmbulo do Ato Institucional nº 1:

> CONSIDERANDO que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, "os. meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria" (Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964)

[19] Oscar Pilagallo (2008) escreveu uma matéria junto à Folha de São Paulo, com a seguinte denominação: *“AI-5 foi o golpe dentro do golpe”*, a íntegra da matéria pode ser encontrada disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/podcasts/ult10065u478673.shtml.

De igual maneira, no mesmo preâmbulo, Costa e Silva fez questão de ressaltar a necessidade de preservar a ordem e a segurança interna do Brasil, demonstrando que a Segurança Nacional continuaria sendo um dos objetivos chave do regime autocrático.

2.3.2. Eficácia alcançada e reflexos no funcionamento do Supremo Tribunal Federal

Iniciado o estudo da eficácia alcançada, é possível constatar que Costa e Silva, sem ser diplomático e não satisfeito com algunas decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal, durante o recesso judicial de 1969, em 16 de janeiro daquele ano, se não bastasse as intervenções já efetuadas através dos atos institucionais proferiu um decreto incluindo na lista dos cassados, o nome de três ministros do Supremo em exercício: Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Vitor Nunes Leal, sendo aposentados compulsoriamente pelo Executivo militar.

Em 18 de janeiro do mesmo ano, através de um ato de solidariedade, o Presidente do Supremo a época dos fatos, Gonçalves de Oliveira, pediu exoneração e aposentadoria, de igual forma, Lafayett de Andrada, por motivos não relacionadas com o regime militar, também pediu a sua aposentadoria, deixando apenas 11 Ministros em exercício em 1969[20].

Feita esta exposição inicial, pela análise das decisões do Supremo posteriormente ao Ato Institucional nº 5, percebe-se que seu entendimento se manteve inalterado no sentido de reconhecer sua incompetência para julgar diretamente casos já decididos por juízes de primeira instância (RE 63.151 y RE 63.090).

Vários foram os julgados em que as ordens foram denegadas tendo como fundamento o artigo 10º do Ato Institucional nº 5, (HC 46.861 y HC 46.803), motivo pelo qual as maiores violações de direitos fundamentais ocorreram durante a vigência deste ato. Assim, mesmo quando o Supremo se deparava com algum dos casos em que havia construído a sua jurisprudência durante o Ato Institucional nº 2 até o nº 5, ainda assim, não se encontrava presente no ordenamento vigente algum remédio constitucional cabível possível de apreciar a referida violação, vez que o principal meio de pedir ao Supremo a sua apreciação, qual seja o *habeas corpus,* se encontrava suspenso para a maioria dos casos de violação.

Definitivamente, através do Ato Institucional de nº 5, o Executivo militar havia alcançado pela primeira vez a totalidade da eficácia prima facie descrita no texto legal, uma vez que no âmbito do Supremo fora suspendido a concessão de habeas corpus aos opositores do regime militar. O ordenamento jurídico brasileiro se encontrava totalmente modificado e armado para beneficiar os interesses do regime militar e a ideia de segurança

[20] Skidmore, 1988, p. 167-169.

nacional. Ministros no gabinete no Supremo Tribunal de Federal se encontravam com suas funções perfeitamente alinhadas com o executivo e ainda que viessem a se desvirtuar deste entendimento, por não gozarem das garantias constitucionais da vitaliciedade, da estabilidade e inamovibilidade do cargo público, poderiam ser facilmente substituídos de acordo com os interesses da Revolução.

Esta situação perdurou até o ano de 1977, quando foi implementada uma notícia de reforma no Poder Judiciário, com a denominação de "Pacote de Abril" [21].

Considerações finais

Para concluir, acredito ser pertinente citar a catedra do Professor Dr. Juan Pegoraro, o qual ao explicar sua interpretação acerca da leitura de Michel Foucault "Vigiar e Punir", apresentou a seguinte frase: *"La soberanía no puede contar su historia"*[22] . O registro da referida frase é necessário, pois em sua grande maioria, a história da soberania fora marcada com o sangue, violações e abuso de poder, e este lado da história, os vitoriosos ou soberanos, se é que assim podem ser chamados, não permitiram registrar suas atuações, para que assim não viesse existir a memoria e que seus atos não fossem julgados no futuro. Os vencedores escrevem sua história e tentam apresenta-la como a verdade.

Destarte, o objetivo deste trabalho foi justamente detectar as normas de ampliação da competência da Justiça Militar e do próprio Poder Executivo autocrático, com a consequente limitação de garantias constitucionais e legais, sob a justificativa de se manter a Segurança Nacional.

Para lograr êxito na investigação efetuada, foi realizado um exame dos efeitos do regime militar no âmbito do Poder Judiciário, com a apresentação dos principais atos institucionais promulgados pelo Executivo militar de 1964 a 1969 e a análise da eficácia *prima facie* e a eficácia alcançada em cada ato, assim, como o estudo de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Neste ponto do trabalho, é necessário reconhecer que a maior parte das violações aos direitos constitucionais foram feitas utilizando-se do pretexto de proteção da Segurança Nacional, a qual se encontrava fundamentada na Doutrina de Segurança Nacional originada nos Estados Unidos da América, e que se caracterizava pela constante preocupação com a

[21] O "Pacote de Abril" foi um conjunto de leis outorgadas em 13 de abril de 1977, pelo Presidente da República de Brasil, Ernesto Geisel, ainda durante o regime de ditadura miliar (Skidmore, 1988).
[22] O palestrante, Dr. Juan Pegoraro, é professor titular da cátedra *"Delito y Sociedad"* na Faculdade de Sociologia de Buenos Aires. E enriqueceu as aulas do Mestrado em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona em 14 de maio de 2013, com a Conferência intitulada *"La construcción de la ley y el delito en el orden social".*

guerra, não apenas no âmbito externo, mas também no interior, onde qualquer um poderia ser um conspirador contra o Estado, levando-se em consideração que no momento histórico vivido pelo governo autocrático no Brasil, o mundo se encontrava dividido entre o capitalismo ocidental e o comunismo do leste europeu. A maioria dos países vivia em um estado de alerta permanente, motivo pelo qual, a Segurança Nacional passou a interferir em todos os setores da vida humana e consequentemente na forma de administração do Estado.

No caso do governo brasileiro, percebe-se que a segurança nacional acabou por ser elevada a valor fundamental do Estado, afetando a forma de governo e também o ordenamento jurídico nacional. Neste ponto é pertinente registar o forte impacto sofrido pelo Supremo Tribunal Federal, pois sendo este o guardião dos direitos e garantias individuais, acabou por ver sua competência limitada e posteriormente neutralizada, sob a alegação de que se buscava um bem maior para o Estado brasileiro que era a segurança nacional.

Constatou-se ainda pelos estudos realizados, que a ingerência jurídica utilizada pelos militares posicionava na pirâmide escalonada de Kelsen[23], que no ápice da pirâmide se encontraria os atos institucionais e logo abaixo os atos complementares de natureza infraconstitucional e os decretos-leis consistentes no poder/autoridade do Presidente do regime autocrático em legislar sobre qualquer matéria que implicasse na defesa da segurança nacional, sendo estes criados depois da promulgação do Ato Institucional de nº 2, com sua previsão legal no artigo 30 do referido ato.

A principal pregunta a se formular nesta etapa da investigação é: Qual a validade jurídica dos mencionados atos institucionais e como o atuou o Supremo Tribunal Federal frente a eles? A resposta obtida através deste ensaio é simples, o Supremo, apesar de não haver tomado partido na Revolução de 1964, desde o início do regime autocrático reconheceu a validade e vigência dos atos promulgados pelo Executivo militar, sem analisar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos instrumentos jurídicos utilizados para tanto.

De igual forma, foi possível evidenciar três fatores decisivos para o surgimento do atrito entre o Executivo militar e o Poder Judiciário, a saber: (i) o distanciamento entre os ideais da revolução e a legislação vigente, pois ainda que o executivo tenha promulgado os atos anteriormente descritos, grande parte da Constituição de 1946 foi mantida até 1967, e as alterações legislativas não afetaram a Lei de Segurança Nacional e o aspecto processual penal das investigações criminais; (ii) implicações de ordem legal para processar e julgar eventuais crimes provenientes das cassações de direitos e garantias, uma vez que o Ato Institucional nº 1, tinha o prazo de 06 (seis) meses para que as cassações de cargo, função

[23] 1984, p. 240.

pública e direitos políticos, criando-se assim, um lapso temporal entre a vigência do direito aplicável e a prisão dos presos políticos; (iii) a falta de experiência dos responsáveis pela condução dos inquéritos policiais militares, pois na grande maioria das investigações as provas eram inexistentes, se consubstanciava mais em argumentações ideológicas do que indícios da prática de um delito, fato este que foi um dos grandes precursores para a concessão dos habeas corpus por parte do Supremo Tribunal Federal, que ainda que estavam de acordo com os interesses da revolução, tinham a obrigação de aplicar o direito de acordo com a legislação em vigor

É possível afirmar que este trabalho completa a análise histórica do Poder Judiciário brasileiro, detectando as normas de ampliação da competência da Justiça Militar, demonstrando a existência de um Estado de Direito autoritário com a concentração de competências junto a Justiça castrense. As ampliações das competências foram feitas em detrimento a limitação de direitos e liberdades fundamentais, de normas de segurança institucional e do correto manejo do devido processo legal. Como fundamento de tais normas, sempre houve a invocação de um poder constituinte, soberano e autoritário, capaz de promulgar normas de funcionamento institucional, pautadas na ideologia da Segurança Nacional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Ato Institucional n.º 1*, de 09 de abril de 1964. Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=1&tipo_norma=AIT&data=19640409&link=s. Acesso em 05 de abril de 2014.

BRASIL. *Ato Institucional n.º 2*, de 27 de outubro de 1965. Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=2&tipo_norma=AIT&data=19651027&link=s. Acesso em 05 de abril de 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 05 de abril de 2014.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 1*, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 05 de abril de 2014.

BRASIL. *Ato Institucional n.º 5*, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em 05 de abril de 2014.

Bicudo, H. (1986). *Lei de Segurança Nacional: leitura crítica.* São Paulo: Edições Paulinas.

Buzaid, A. (1971). *A renovação da ordem jurídica positiva.* In *Arquivos do Ministério da Justiça*. vol. 118, junho de 1971, p. 1-59.

Farhat, S. (1996). *Dicionário parlamentar e político: processo político e legislativo no Brasil*. São Paulo: Ed. Fundação Peirópolis: Companhia Melhoramentos, p. 58.

Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 240.

Pessoa, M. (1971). *O direito da segurança nacional*. São Paulo: Biblioteca do Exército e Revista dos Tribunais.

Pilagallo, O. (2008). *AI-5 o foi o golpe dentro do golpe*. Folha de São Paulo. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/podcasts/ult10065u478673.shtml. Acesso em: 05 de abril de 2014.

Skidmore, T. E. (1988). *Brasil: de Castello a Tancredo. 1964 – 1985*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

Schmitt, C. (1998). *El concepto de lo político: texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Madrid: Alianza, p. 71-72.

_____ (2001). *Teología Política I, compilado en "Carl Schmitt teólogo de la política"*, (comp.) Héctor Orestes Aguilar. Mexico, D.F.: Fondo de Cultura Económica, p. 23.

Supremo Tribunal Federal (2014). Pesquisa jurisprudência – *habeas corpus*. Brasília: STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp. Acesso em: 05 de abril de 2014.

Valério, O.L.S. (2010). *A toga e a farda: o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969).* [dissertação de mestrado]. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

TRABALHO, ECONOMIA E DIREITOS HUMANOS NA AMAZÔNIA MATO-GROSSENSE ENTRE AS DÉCADAS DE 1970 E 2000

Lucio Jose Dutra Lord

Universidade do Estado do Mato Grosso

e Universidade de Cuiabá

Introdução

A região norte do Estado do Mato Grosso ocupa lugar de destaque no cenário nacional em termos de descumprimento da legislação ambiental e trabalhista. Desde a década de 1990 o desmatamento e o trabalho análogo à condição escrava são os principais aspectos que chamam atenção do país para a região. Importante observar que quando o trabalho caracteriza-se pela analogia à condição escrava, as relações de produção ultrapassaram as limitações colocadas pelo instituto do Direito do Trabalho e ferem a condição da pessoa humana, violando os princípios dos Direitos Humanos justamente do período chamado de "Era dos Direitos" (PIOVESAN, 2011 e BOBBIO, 2004). No contexto em estudo, esta situação existe desde a década de 1970, e só ganhou destaque na imprensa nacional quando organismos internacionais exerceram pressão sobre o governo brasileiro. Em termos comparados, o desmatamento e a violação dos direitos humanos estiveram na contracorrente dos avanços na legislação brasileira e na efetivação do direito ambiental e trabalhista no país no mesmo período. Também, esta situação contradizia a noção de direitos humanos em pleno avanço no mundo e com consequências na atuação do Estado brasileiro no período. Assim, a região norte do Estado do Mato Grosso, região de Amazônia Mato-grossense, tornou-se objeto de crítica nacional e foco de ações pontuais e desarticuladas do governo federal para reduzir o desmatamento e a violação dos direitos humanos sem, contudo, trazer alterações significativas para o contexto até a década de 2000.

O objetivo deste artigo é compreender os motivos pelos quais a região norte do Estado do Mato Grosso configurou-se exemplo emblemático de desrespeito à noção de direitos humanos que vinha se constituindo internacionalmente no período. Para realizar a

análise deste estudo e estabelecer relações explicativas foram considerados fatores determinantes os grupos sociais, as relações de trabalho, a atividade econômica e a presença do Estado no local. O tema da proteção ao meio ambiente, apesar de estreitamente relacionada à noção de direitos humanos atual, não foi objeto deste estudo.

Em termos metodológicos, para sua realização, este estudo foi dividido em três etapas. A primeira foi a elaboração do quadro teórico referencial que permitiu a análise da realidade em termos macro, e também estabeleceu os procedimentos pelos quais os conceitos teóricos foram observados criticamente na realidade (trata-se da instrumentalização dos conceitos). A segunda etapa do estudo foi a coleta de dados sobre a realidade estudada. Nesta etapa foram realizadas entrevistas com juízes, promotores, advogados trabalhistas, empresários que atuaram no segmento da extração de madeira nativa entre as décadas de 1970 e 1990 na região, foram entrevistados ex-funcionários das empresas madeireiras e foram entrevistados gestores públicos do período. Também nesta etapa foi analisado o histórico de criação dos municípios na região norte do Estado do Mato Grosso. Com o referencial teórico e os dados coletados o estudo teve a terceira etapa. A terceira etapa do estudo foi identificar correlações entre as condições do trabalho, a economia baseada na extração da madeira nativa, bem como os limites da efetivação dos princípios dos direitos humanos em elaboração nacional e global no período.

A análise das relações entre fatores que pudessem responder ao objetivo do artigo considerou que a sociedade local formada com a criação dos núcleos de colonização na Amazônia Mato-grossense possui características próprias e únicas, diferenciando-se do cenário nacional do país. Deste modo, no mesmo período em que nacionalmente o Brasil vivia ampliação do direito trabalhista e ambiental, e deste modo normatização pelo Estado das relações de produção e econômica, na região da Amazônia Mato-grossense o contexto era diferente, marcado pela carência da aplicação do direito.

Contudo, esta situação não significa que a região estudada estivesse desvinculada do cenário nacional do país, mas pelo contrário. Isto porque a compreensão do contexto local somente foi possível quando relacionado ao período mais amplo da sociedade brasileira. Assim, as análises fundamentais advindas da economia, do direito e da sociologia permitem compreender esta região como estreitamente dependentes do cenário nacional. Observa-se isto porque a economia baseada na extração da madeira nativa amazônica ocorreu até a década de 1990 para atender às demandas dos centros econômicos do país. Está base foi alterada na década de 1990 pela pressão internacional sobre o controle do desmatamento, assim como pela substituição pela madeira de reflorestamento de outras regiões do país. Ao mesmo tempo, o direito do trabalho, que progressivamente foi sendo implantado na região pela expansão dos órgãos estatais de controle e fiscalização, exerceu

crescente pressão para a alteração das relações de produção diminuindo a capacidade de concentração das riquezas mediante a efetivação da proteção e seguridade trabalhista.

Neste contexto, economia e direito concorreram para que a sociedade local no período estudado transitasse de características próprias locais para uma similaridade com a sociedade nacional. E a efetivação dos direitos humanos através do avanço de outros ramos do direito, como o direito do trabalho, contribui para a similaridade. Esta percepção se ampara na análise de Niklas Luhmann (1983 e 1985). Segundo Luhmann, o direito representa uma parte constitutiva do sistema social, com implicações que dependem da estrutura social. Em uma sociedade, a estrutura social estabelece forte influência sobre o direito, pois é ela que atribui sentido ao sistema social, e à relação deste sistema com o ambiente. Apesar de estabelecidos, os sentidos podem ser alterados no decurso de acontecimentos conscientemente vivenciados como inexorável. Deste modo há uma estreita relação entre a estrutura e os sentidos, sobretudo quando os sentidos não são rapidamente alterados e servem, na sociedade, para a determinação das estruturas.

Apesar da sua centralidade, o direito possui uma capacidade limitada de impor premissas de sentido ao sistema social. Nesta perspectiva afirma Luhmann (1985, p.121) “A sociedade não pode ser reconstruída apenas a partir de sua constituição jurídica. O direito é apenas um momento estrutural entre outros.” Deste modo, a teoria elaborada por Luhmann considera que juntamente ao direito agem outros fatores que podem inibi-lo ou limitá-lo. Por isto, afirma o autor que “uma compreensão adequada do caráter social do direito não pode ser alcançada apenas pela exegese e pela interpretação, e também não se esgota na busca da sua interpretação” (idem). A pesquisa em direito, segundo o autor, deve iniciar questionando sobre a compatibilidade do direito à estrutura real vivenciada pelos indicíduos. Esta consideração de Luhmann é relevante na análise proposta por este artigo pois considera a capacidade da sociedade local que, mediante suas principais características, influencia no poder do direito em configurar as relações sociais e dirigi-las.

Grupos sociais e colonização da Amazônia Mato-grossense

A criação de cidades e, consequentemente, o aumento populacional da região norte do Estado do Mato Grosso derivou do projeto de colonização estabelecido no início da década de 1970, realizado a partir do governo federal e com investimento do capital privado de grupos imobiliários. O governo militar, na época o general Ernesto Geisel, executou em 1974 a proposta que Getúlio Vargas colocou em 1930 – o povoamento da Amazônia. Assim não havia grande novidade no projeto, mas o seu modo de execução e os interesses

envolvidos marcaram profundamente a sociedade em formação. Havia no início da década de 1970 ao menos três problemas a serem resolvidos pelo projeto de colonização da Amazônia Mato-grossense: a ocupação daquelas terras, o lucro para empresas imobiliárias e o deslocamento populacional campesino para outro lugar que não fossem os espaços urbanos dos grandes centros do país (GUIMARÃES NETO, 2002 e CUNHA, 2006).

Este último problema foi, certamente, o mais decisivo pois se tratava do problema político gerado pela migração populacional da zona rural para o perímetro urbano dos grandes centros nas regiões sul e sudeste. Neste sentido aponta Vita (1989) para o fato de que as periferias urbanas dos grandes centros urbanos naquele período mostravam-se problemáticas para o controle repressivo do Estado, dentro da política do governo militar. A crise econômica de recessão global sentia-se na vida do campesinato, impulsionado para os grandes centros a servir de mão-de-obra na industrialização tardia dependente brasileira e na construção civil dos empreendimentos habitacionais e estatais.

A situação do campesinato explica as características da população que na década de 1970 e 1980 migrou para os núcleos de colonização e cidades do norte do Estado do Mato Grosso. O estudo da CEPAD (1979) mostra que no campo a população brasileira enfrentava na década de 1970 situação de miséria e abandono pelo Estado. A situação de precarização da vida campesina fez parte da estratégia do Governo Federal de garantir mão-de-obra a baixo custo para a industrialização nacional. Era preciso, em função do ingresso tardio do Brasil na industrialização, que o custo de produção fosse mínimo, o que permitiria a capitalização do empresariado mediante acumulação elevada, em oposição à remuneração salarial do operariado.

Ocorre que o processo de êxodo rural, impulsionado pelo Estado na década de 1950 e 1960 para garantir a oferta de mão-de-obra à indústria no centros urbanos, mostrou-se demasiadamente incontrolável na década de 1970. Era justamente esta população que trazia à tona a problemática da moradia, dos serviços de água, energia, educação, saúde, etc. quando compunham as periferias dos grandes centros urbanos do país. Este problema ganhou dimensão maior quando da expansão da nova classe média nacional, para quem eram criados condomínios edifícios sobre as áreas ocupadas pelos retirantes. Boschi (1986) mostra que a demanda por novos bairros regularizados e edificados nas proximidades do centro das capitais repercutiu na expulsão da população favelada. Também neste sentido, Fedozzi (2000) afirma que a remoção de modo violento das famílias das periferias próximas aos bairros tradicionais e envio para novos bairros populares criados pelo poder público distantes do perímetro urbano, gerou a organização política destas periferias.

Então, foi neste contexto que o projeto de colonização mato-grossense surgiu como alternativa política ao governo militar. Uma vez que frear o êxodo rural se mostrava difícil e necessitava de grande investimento público para alteração da situação da vida no campo, a melhor alternativa era o deslocamento populacional para uma região longínqua do país, um lugar fora da cena política nacional.

Definido o grupo populacional a ser envolvido no projeto de colonização, o governo federal contou com o marketing das empresas para atrair as famílias campesinas. O projeto das colônias resultou do acordo entre governo federal e grupos empresários no ramo imobiliário. Exemplo disto foi a parceria que permitiu ao Grupo Sociedade Imobiliária do Noroeste Paranaense, com sede em Maringá-PR, adquirir a área chamada Gleba Celeste e inicial a implantação do núcleo de colonização no ano de 1974, 500 km ao norte de Cuiabá-MT. Naquele ano o exército brasileiro realizou a abertura da mata amazônica abrindo o trecho da Rodovia BR 163 no sentido Cuiabá-MT – Santarém-PA. Ao longo desta rodovia vários projetos de colônia foram implantados no período.

Inicialmente os projetos de núcleo de colonização previam a abertura da mata para a criação de poucos bairros habitacionais. Os terrenos nestas áreas eram vendidos após o desmatamento. Mas as empresas colonizadoras haviam adquirido grandes extensões, motivo pelo qual podiam comercializar milhares de hectares de terras de Mata Amazônica.

Nos anos iniciais dos núcleos de colonização dois principais grupos sociais puderam ser identificados ingressando na região: um que adquiria terras com mata e terrenos urbanos, e outro que serviu de mão-de-obra para a abertura das áreas de mata. Este último grupo, em número demasiadamente maior, era composto pelos retirantes, ou seja, famílias e homens sozinhos que vinham compondo o fluxo populacional do êxodo rural. Haviam sido requisitados como mão-de-obra para o trabalho inicial de construção dos núcleos populacionais. Contudo, não havia no projeto inicial a preocupação com manter esta população nos núcleos de colonização destinados a tornarem-se municípios. E os projetos iniciais, com os traços do perímetro urbano das colônias, não destinavam qualquer área ou bairro à doação ou venda subsidiada para este grupo populacional.

Diferente era o caso daqueles que adquiriram terras e terrenos nas colônias. Apesar de não haver entre eles significativo número de famílias de classe média ou alta, era clara a diferença em relação aos primeiros. A diferença iniciava pelo modo que eram contatados pelas empresas colonizadoras. Os representantes comerciais das empresas, através de seus escritórios na região sul, visitavam famílias rurais com pequenas ou médias posses oferecendo terras supostamente produtivas e com climas propícios às culturas que na região sul e sudeste enfrentavam crises, como foi o caso do café no ano de 1974 e

seguintes. Guimarães Neto (2002) afirma que o comércio das terras nos núcleos de colonização baseava-se na promessa de um novo “El dorado”. Fazendas modelo eram criadas nas colônias, apresentando, de modo enganoso, plantas adultas trazidas de avião pelo exército brasileiro e identificadas como resultado do plantio no local. Para estas fazendas modelo eram levadas as visitas dos possíveis compradores de terras. As áreas de terras eram vendidas no papel, mediante contrato e cartas do exército com sua localização. Ofertadas por valores atrativos às famílias sulistas, muitas delas venderam as posses na região sul e migraram para as colônias encontrando, no local, uma realidade diversa da prometida ou demonstrada na primeira visita.

Deste modo, enquanto as primeiras famílias serviram de mão-de-obra à abertura das áreas e construção das cidades, as últimas famílias compuseram o grupo proprietário de terras e casas nas colônias. Surgia assim a primeira diferenciação social nas colônias.

Ambos os grupos sociais acima tratados trouxeram para os núcleos de povoamento as experiências que tiveram nas regiões de origem, bem como da classe social pertencente. Estas experiências foram as bases iniciais das relações sociais estabelecidas nas colônias, sobretudo nas relações de trabalho. No cenário nacional havia na década de 1970 a contradição de um governo militar que visava ampliar o alcance do Ministério do Trabalho mediante expansão da máquina estatal e que, ao mesmo tempo, era extremamente repressivo contra a organização do movimento operário. Havia então nas regiões de origem dos grupos populacionais a experiência do contrato de trabalho, do registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social, da rescisão contratual trabalhista assinada na Junta do Trabalho. Mas não havia a experiência do sindicato operário, da organização política por demandas sociais, da ação política, etc.

Havia, é certo, a experiência da carência, do empobrecimento, da falta de tecnologia e conhecimentos técnicos para a manutenção da subsistência no campo. Havia a experiência da mudança, de ser migrante ou retirante. E estas experiências guiaram as relações sociais na primeira década de colonização do norte do Estado do Mato Grosso.

As relações de trabalho

Na década de 1970 os núcleos de colonização na Amazônia Mato-grossense não possuíam projetos de emprego e geração de renda viáveis. Houve, durante muitos anos, o esforço do governo federal em manter a população nos núcleos, o que realizava mediante a distribuição controlada de alimentos básicos não perecíveis: arroz, feijão, farinha de trigo. A

logística de distribuição contava com os aviões do exército e a armazenagem em centrais de distribuição. Contudo, a distribuição não era de todo controlada, permitindo que algumas famílias armazenassem reservas suficientes para comercializarem no período de escassez (PASUCH, 2000).

A falta de emprego estável e geração de renda fez com que alguns dos núcleos de colonização fracassassem nos primeiros anos, ainda na década de 1970. No caso de Sinop foi implantada uma usina de produção de álcool a partir da raiz de mandioca, dentro do Programa Proálcool do governo federal que visava substituir parte do consumo da gasolina inflacionada pelo aumento do preço do petróleo no contexto internacional. Mas o projeto fracassou. Os motivos foram o alto custo da produção da usina, a baixa remuneração às famílias que atuavam no plantio, e a falta de tecnologia.

No início da década de 1980 a região recebeu empresas madeireiras vindas da região sul. Naquele período a fiscalização intensa nos estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, bem como a escassez da madeira, levavam os madeireiros a procurarem outras regiões. Sinop passou a ser pólo madeireiro a partir de então. Contudo, a precariedade da estrada de terra limitou a produção e o lucro madeireiro até 1984, quando da pavimentação asfáltica entre Cuiabá e Sinop. A estrada pavimentada inseriu Sinop e a região norte do Estado do Mato Grosso no mercado nacional de madeiras. Na década seguinte somente o município de Sinop teria mais de 2.000 madeireiras.

A extração e comércio de madeiras nativas no norte do Estado do Mato Grosso alteraram significativamente a realidade dos núcleos de colonização – já emancipados como municípios na década de 1980.

As empresas madeireiras vindas da região sul traziam seus principais funcionários e, as vezes, deslocavam toda a mão-de-obra necessária, bem como as famílias desta. No final da década de 1980 a realidade local já evidenciava uma diferenciação social maior e a complexificação dos grupos sociais. O negócio da madeira permitiu o enriquecimento de algumas famílias, criou a oferta de serviços para o setor, introduziu a edificação em alvenaria, aumentou a população e tornou a região centro atrativo para a mão-de-obra. Nos municípios novos bairros foram criados, sistema de energia elétrica instalado, novas estradas pavimentadas. Aquelas famílias que haviam comprado terras na década de 1970 tinham no final da década de 1980 a possibilidade de venderem a mata sobre a propriedade, ou optavam por criarem suas próprias madeireiras.

A atividade de extração, corte e comércio da madeira nativa em regra utilizava contrato de trabalho registrado na Carteira de Trabalho e Previdência Social. As verbas trabalhistas eram pagas, e as rescisões contratuais acertadas nas Juntas do Ministério do

Trabalho. Contudo, alguns aspectos do período tornavam relativo o atendimento aos direitos trabalhistas. Em primeiro lugar as relações de emprego eram pessoais, dada a proximidade da família do empregador em relação aos empregados. Churrascos, pescarias, sistema de vila operária, relações de apadrinhamento e parentesco aproximavam empresários e operários. Em função da falta de serviços públicos e da precariedade daqueles que eram ofertados, pela falta de serviços de comércio diferenciados e não indisponibilidade de produtos diversificados, as características alimentares, de saúde e educação eram semelhantes entre as famílias de empresários madeireiros e operariadas. Gerava-se- deste modo, uma solidariedade pela condições de vida. Também o tipo de trabalho, sobretudo o de extração da madeira nativa que ocorria a cada ano mais distante do perímetro urbano dos municípios, tornava necessária a longa jornada de trabalho, com pouco ou nenhum intervalo de descanso durante o dia. Em muitos casos a extração da madeira exigia a permanência dos empregados na mata por diversos dias. Estas características da atividade do trabalho e suas relações sociais fizeram com que parte dos dispositivos da legislação trabalhista não fosse aplicada. E o operário, principal ator sobre quem recaía o peso desta atividade econômica, entendia ser necessário abrir mão de alguns direitos em face do contexto social e natural em que vivia.

Mudanças na atividade econômica

A década de 1990 caracterizou-se pela crise na atividade madeireira, a alteração da base econômica na região e os litígios trabalhistas no âmbito do poder judiciário. Neste momento as cidades da região já haviam se consolidado, e vivenciavam uma maior complexificação social. O risco da extinção das cidades, vivenciado nos primeiros anos dos núcleos de colonização e formação dos municípios, havia diminuído, permitindo a fixação de grupos sociais distintos e o alcance de certa estabilidade política. A centralização de recursos gerou também a emergência de diferenças significativas entre os municípios, sobretudo porque os maiores, como é o caso de Sinop, realizou um processo de emancipação política de seus distritos no final da década de 1980, reduzindo a extensão geográfica e, de certo modo, condenando os distritos emancipados à situação de cidades marginais da centralização econômica das maiores (LORD, 2013).

A crise do setor madeireiro resultou de dois principais motivos, um relacionado ao contexto nacional e outro ao contexto internacional. Nacionalmente, o início da década de 1990 foi marcado pelo investimento no Estado de Tocantins. A edificação e construção de infraestrutura naquele estado demandou o transporte de produtos industrializados oriundos

da região sudeste. No retorno os caminhões transportavam madeira das áreas que eram abertas para a criação e expansão das cidades no Tocantins. Assim o frete da madeira não impactava sobre seu preço, visto que o custo maior era pago pelas empresas de Tocantins que adquiriam produtos industrializados, aço e cimento do sudeste. Ao mesmo tempo a retirada da madeira mediante o desmatamento no Estado do Tocantins erra necessária à abertura de áreas para cidades e plantios. Deste modo a madeira oriunda de Tocantins nos anos de 1995 e 1996 era comercializada na região sudeste e sul em valores abaixo do custo da extração e corte no norte do Estado do Mato Grosso no mesmo período.

No contexto internacional as pressões para a diminuição do desmatamento no Brasil repercutiam em ações pontuais do governo federal. Visando atender aos compromissos internacionais de proteção ao meio ambiente o governo federal atuou no controle das madeireiras, na fiscalização de projetos de manejo, na emissão de nota fiscal e no licenciamento ambiental. Estas ações tiveram como foco a região norte do Estado do Mato Grosso porque este era o local com maior índice de desmatamento divulgado no cenário nacional. O resultado foi uma crise no setor madeireiro e, consequentemente, uma crise no mercado de trabalho.

A partir de 1996 a base econômica principal da região passou a ser o agronegócio. Este nasceu já diferenciando os grupos sociais envolvidos na produção econômica. A implantação desta economia utilizou, desde o início, a tecnologia de sementes, insumos e implementos agrícolas de empresas multinacionais. Deste modo, o processo produtivo foi demasiadamente caro, inviabilizando qualquer possibilidade da pequena produção. Esta característica intensificou a concentração de terras.

No agronegócio a mão-de-obra é distinguível pela fixação ou não na área rural da produção. Isto porque a produção é sazonal, demandando maior número de empregados em determinados períodos do ano. Não existem dados precisos sobre o número de famílias que se deslocam durante os períodos das safras e entressafras, mas os dados do transporte escolar em meio rural oferecem ideia de que este número é expressivo, chegando a mais d 50% da mão-de-obra empregada. O transporte escolar de alunos de meio rural sofre alterações no decorrer do ano juntamente para atender às famílias que transitam entre o perímetro urbano e rural, ou entre regiões do meio rural no decorrer do ano. Por este motivo, servem os dados da educação para embasar o argumento do significativo trânsito de famílias empregadas pela produção agrícola nas lavouras (LORD, 2008).

No agronegócio também é significativo o emprego temporário de profissionais formados em nível superior, principalmente agrônomos, pelas empresas que prestam serviços e vendem produtos agrícolas na região. A característica de sazonalidade da

produção agrícola, bem como o deslocamento das famílias, explicam porque dos baixos índices de emprego por contrato de trabalho em Carteira de Trabalho e Previdência Social nesta atividade econômica. O agronegócio, em comparação ao emprego das madeireiras, oferece menor acesso aos direitos trabalhistas na medida em que não há duradoura relação de trabalho. Além disto, atualmente o agronegócio tem sido caracterizado pela administração empresarial de grupos localizados no centro econômico do país, seja pela compra de terras na região, seja pelo arrendamento destas para o cultivo das monoculturas de soja, milho e algodão. Este "novo modelo" de administração do agronegócio passa a pressionar o modelo familiar de administração, impondo novo cenário na concorrência de produtividade e lucratividade na região (LORD, 2013).

A utilização de mão-de-obra na produção agrícola mecanizada é expressivamente menor do que na madeireira. Apesar de algumas madeireiras continuarem suas atividades e os municípios do norte do Estado do Mato Grosso apresentarem, na década de 1990, um percentual significativo de empregos no setor de serviços, a alteração da base econômica para o agronegócio repercutiu no desemprego de parte significativa do operariado. A situação econômica familiar pelo desemprego, o não pagamento de verbas rescisórias pelo fechamento de madeireiras e o encarecimento do custo de vida geral nestes municípios desencadeou inúmeras ações trabalhistas junto ao poder judiciário. Isto porque há o crescimento da busca por direitos trabalhistas pelos operários em momentos de crise econômica (ALMEIDA, 2014).

Expansão do Estado e direitos humanos

Na década de 1940 Nunes Leal (1986) identificou a expansão do Estado como principal fator determinante do fim da política do coronelismo. Na medida em que o aparelho estatal e as políticas sociais eram estendidas às populações interioranas do país, diminuía o poder dos coronéis e assim alterava-se o modelo político chamado de "coronelismo" nos municípios. No caso em tela, na região norte do Estado do Mato Grosso, a expansão da máquina estatal também trouxe mudanças significativas para a realidade social.

O período de crise no setor madeireiro coincidiu com a implantação de órgãos da administração direta estatal, e de autarquias e fundações estatais que desempenharam papel relevante na redução das desigualdades sociais. Exemplo disto foi a expansão do serviço educacional nos diferentes níveis, inclusive no ensino superior público com a implantação da Universidade do Estado do Mato Grosso em Sinop. Os investimentos em educação, mediante as políticas educacionais estatais, são reconhecidos, desde os estudos

de Becker e Schultz na década de 1960, como um dos principais fatores para a redistribuição de renda. Deste modo, na medida em que aumentava a carência das famílias desempregadas, a educação aparecia como um direito de todos. No mesmo sentido pode ser observada a política de saúde que, em função da criação do Sistema Único de Saúde, expandiu o atendimento nos municípios no período.

Nas diversas áreas o Estado brasileiro expandiu sua atuação na década de 1990, sobretudo como resultado das garantias constitucionais de 1988. Em Sinop, além da educação e saúde, órgãos do poder judiciário expandiram sua atuação mediante a implantação de varas, fixação de juízes e técnicos judiciários. Paralelo a isto emergiram outros atores sociais, em parte provocados pelo Estado, em parte resultado das alterações na sociedade. Este é o caso dos sindicatos trabalhistas e da constituição de escritórios advocatícios trabalhistas operariados.

A expansão da Justiça do Trabalho em Sinop ocorreu dentro de um processo mais amplo vivenciado no Estado do Mato Grosso. Isto porque até 1992 o estado era jurisdicionado pelo TRT da 10ª Região, com sede em Brasília. Um recurso trabalhista na época levava cerca de 5 anos para ser julgado na segunda instância. Com a Constituição Federal de 1988 o acesso à justiça foi afirmado como um direito para a cidadania. Assim, em 1992, pela Lei n.8.430/92 foi criado o TRT da 23ª Região, com jurisdição em Mato Grosso. Também em 1992, pela Lei n.8.432 o Congresso Nacional criou três novas Varas do Trabalho em Cuiabá, e as Varas do Trabalho no interior do Estado, nas cidades de Tangará da Serra, Alta Floresta, Diamantino, Barra do Garças e Sinop. A Vara do Trabalho de Sinop foi instalada em julho de 1993.

Este contexto da década de 1990 provocou o ajuizamento de muitas ações trabalhistas que, em grande parte, versavam sobre indenizações por acidente de trabalho ou indenizações trabalhistas por horas extras e periculosidade. Junto ao momento de crise, o que também explica a busca pelo judiciário na época foi a alteração na concepção do que cabia como direito do trabalho e a ressignificação da noção de justiça. A situação de moradia, remuneração insuficiente para a subsistência, condições de trabalho e jornada laboral extensiva compuseram as principais demandas trabalhistas junto à Vara do Trabalho de Sinop na época.

Os temas discutidos na Justiça do Trabalho implantada no norte do Estado do Mato Grosso a partir da década de 1990 estiveram em consonância com a noção ampla de Direitos Humanos como discutida no globo. Apesar de estarem aquém do conceito quando compreendida a terceira geração de Direitos Humanos, no norte do Estado do Mato Grosso

eram demandados direitos há muito atendidos nas regiões ricas do globo por se tratarem ainda da segunda geração destes direitos.

Conclusões

Criada no período do Regime Militar ditatorial e repressivo, a colonização do norte do Estado do Mato Grosso nasceu no contexto de negação dos direitos civis e políticos. Quando estes direitos foram reconquistados no decorrer da década de 1980, a região em estudo ingressou no mercado nacional com a extração de madeira nativa da Mata Amazônica. Na década de 1990, quando nacionalmente se discutia a proteção do meio ambiente com a Rio 92 o Mato Grosso se destacava pelo desmatamento e o trabalho em condição análoga à escravidão. Deste modo, entre as décadas de 1970 e 2000 o contexto de vida e de trabalho na Amazônia Mato-grossense violou significativamente os princípios dos Direitos Humanos.

Analisada a economia, como esta se relaciona com as condições de vida geradas pelo trabalho, e como se deu a efetivação dos direitos humanos no período, observa-se uma contradição entre o que ocorria nacionalmente e internacionalmente, o que ocorria no local. Em termos econômicos, há a dependência do local em relação ao nacional. Isto porque somente se materializou um projeto econômico local quando este serviu ao crescimento das regiões centrais do país. Assim a madeira nativa foi o principal produto econômico da região na década de 1980, permitindo a reserva de investimentos para a produção de grãos a partir da década de 1990. No mesmo sentido, a alteração na base econômica da madeira para a monocultura mecanizada da soja, milho e algodão dependeu da demanda nacional e internacional, bem como dependeu das pressões externas para que o desmatamento diminuísse na região.

Contudo, no que diz respeito ao atendimento da noção de direitos humanos não houve intensa relação entre o local, o nacional e o global. O ritmo e profundidade das discussões sobre Direitos Humanos no âmbito nacional e internacional não alcançaram o local. Assim, o mesmo modelo econômico que estabeleceu íntima relação com o nacional, sobretudo pela dependência econômica internacional, inibiu que o direito, como construído nos grandes centros do país e do globo, se efetivasse no norte do Estado do Mato Grosso no período analisado.

Referências bibliográficas:

ALMEIDA, Thalma Rosa de. Entrevista em 07 de março de 2014 concedida para Lucio Lord. É Procuradora do Trabalho no município de Sinop/MT.

BECKER, Gary. Human capital: a theoretical and empirical analysis, with special reference to education. Chicago: The University of Chicago, Press, 1993.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOSCHI, Renato. A abertura e a nova classe média na política brasileira: 1977 – 1982. Revista DADOS, v. 29, n. 1. Rio de Janeiro, 1986 (p. 5-24).

CEPAD, Centro de Pesquisa e Avaliações Educacionais. Educação da criança das classes trabalhadoras brasileiras. Revista Educação e Sociedade. Campinas, Ano I, n.4, setembro de 1979 (p.15-22).

CUNHA, José Marcos Pinto da. Dinâmica migratória e o processo de ocupação do centro-oeste brasileiro: o caso de Mato Grosso. Revista Brasileira de Estudos Populacionais. São Paulo, vol 23, n.1, jan/jun de 2006, p.87-107.

FEDOZZI, Luciano. O poder da aldeia: gênese e história do orçamento participativo em Porto Alegre. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2000.

GUIMARÃES NETO, Regina Beatriz. A lenda do ouro verde: políticas de colonização no Brasil contemporâneo. Cuiabá: Unicen/Unesco, 2002.

LORD, Lucio. Economia e direito na formação da sociedade no norte do Estado do Mato Grosso. VII Jornada de Economia Crítica. Mendoza, Argentina, 2013.

LORD, Lucio. Financiamento do transporte escolar e a questão das zonas rurais no Brasil. Revista da Faculdade de Educação. Cáceres, Ano VI, n.9, janeiro-junho de 2008 (p.129-140).

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

NUNES LEAL, Victor. Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Alfa-Ômega, 1986.

PASUCH, Jaqueline. Entrelaçamento de vozes num mundo analfabetizado: o contexto da Amazônia. Porto Alegre: FACED/UFRGS, 2000. Dissertação de Mestrado em Educação.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo entre os sistemas regionais europeus, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHULTZ, Theodore. O capital humano: investimentos em educação e pesquisa. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1973.

VITA, Álvaro de. Sociologia da sociedade brasileira. São Paulo: Ática, 1989.

O direito à segurança enquanto direito humano: liberdade versus segurança pública

Giovani Mendonça Lunardi
Pós Doutorando Filosofia - UNISINOS
Professor - UFSC (Campus Araranguá)
giovani.lunardi@ufsc.br

Introdução

Teorias que originaram a concepção moderna de Estado, principalmente a partir de Maquiavel e Thomas Hobbes, são interpretadas como defensoras da justificação do poder absoluto e do autoritarismo. Ou seja, a estes pensadores são atribuídas à noção de que para garantir a coesão e estabilidade do Estado é necessário um poder coercitivo que limitaria os direitos individuais. Com estas interpretações inicia-se a visão hodierna da incompatibilidade entre liberdade individual e segurança pública.

No Brasil, da mesma forma, a concordância com está visão não será diferente. Diversos autores já examinaram a polarização e a pretensa incompatibilidade entre direitos humanos e segurança pública presentes na realidade social brasileira: de um lado, "os defensores dos bandidos" (direitos humanos); no outro extremo, "os agentes da repressão" (segurança pública)[1]. Autores nacionais, tais como, Benedito Mariano e Hélio Bicudo, atribuem está visão distorcida dos direitos humanos no Brasil, tendo em vista, principalmente, o fim da ditadura militar e a revitalização do pensamento conservador[2].

No sentido de contribuir à este debate, relativa a polarização entre direitos humanos e segurança pública, a presente investigação propõe que: (1) em sua origem na modernidade, as teorias do Estado não carregavam esta incompatibilidade; (2) as mudanças sociais ocorridas no interior da própria modernidade é que constituirão está oposição entre *políticas de estado de segurança* e *políticas de estado de direito*; (3) como proposta alternativa, sugerimos o regate da ideia originária contratualista e

[1]BRAGA JÚNIOR, Marcos. *O conceito de polícia e a noção de segurança no contexto atual dos direitos Humanos*. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org.) **Direitos Humanos no século XXI: Cenários de Tensão**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 444.
ADORNO, Sérgio. *Insegurança versus Direitos Humanos: entre a lei e a ordem*.**Tempo Social**; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, **11**(2):129-153, out. 1999 (editado em fev. 2000).
[2]BRAGA JÚNIOR, 2009, p. 444.

jusnaturalista do direito à segurança, enquanto direito humano fundamental e os direitos humanos como direitos morais.

(1)

Uma das características da modernidade em seus primórdios, no âmbito social, será a relação atávica entre sujeitos marcada como luta por *autopreservação*. Desde os escritos políticos de Maquiavel, apresenta-se a concepção de sociedade como sendo aquela "segundo a qual os sujeitos individuais se contrapõem numa concorrência permanente de interesses"[3]. A filosofia social moderna visualizada nos escritos maquiavélicos abandona a antropologia da doutrina política clássica e introduz "o conceito de homem como ser egocêntrico, atento somente ao proveito próprio"[4]. Assim, o fundamento da ontologia social da modernidade é a suposição de um estado permanente de concorrência hostil entre sujeitos. Com Maquiavel, manifesta-se pela primeira vez a "convicção filosófica de que o campo da ação social consiste numa luta permanente dos sujeitos pela conservação de sua identidade física"[5].

No entanto, nesta sua antropologia realista da natureza humana não significa que, para ele, somente um Estado absolutista coercitivo poderia estabilizar a sociedade. Ao contrário, Maquiavel realiza uma reflexão sobre o poder, mas “não é o poder em si, mas o poder como instrumento irrenunciável para unificar uma comunidade política, para dar-lhe ordem e segurança e deixá-la prosperar”[6]. Seu ideal consiste na criação de um Estado independente, por mão de um príncipe, com uma constituição republicana passível de lhe garantir estabilidade. Somente instituições republicanas podem garantir a paz de uma cidade acostumada à liberdade e à independência como Florença[7]. Maquiavel está preocupado com a coesão e manutenção do Estado, identificando nas instituições republicanas o instrumento mais apropriado para tal fim[8]. Ou seja, a finalidade do Estado não é manutenção do poder absoluto do Príncipe, mas sim a garantia da estabilidade, liberdade e segurança da sociedade.

3HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 31.
4ibidem, p. 32.
5ibidem, p. 33.
[6]PINZANI, Alessandro. *Maquiavel & O Príncipe*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 20.
[7]Ibidem, 15.
[8]Ibidem.

As suposições antropológicas de Maquiavel adquirem fundamentação empírica com a teoria política de Hobbes. Amparado no modelo metodológico das ciências naturais, THomas Hobbes ao investigar as "leis da vida civil", depara-se com a certeza mecânica de que o homem, em sua essência, é movido pela sua capacidade de empenhar-se com providência para seu bem-estar futuro[9]. Tal capacidade é natural e está presente em todos os homens. Ou seja, "os homens são naturalmente iguais"[10]. No entanto, no momento em que o ser humano se depara com um próximo, surge a suspeita sobre os propósitos da ação de cada um, intensificando as tensões na busca da prospecção de poder para garantia de sua sobrevivência. E por serem naturalmente iguais, é razoável supor que para garantirem sua sobrevivência poderão entrar em disputas e tornarem-se inimigos. Ao propor esta sua doutrina do estado de natureza, Hobbes expõe teoricamente, o estado geral entre os homens que resultaria, segundo Honneth,

> se todo órgão de controle político fosse subtraído *a posteriori* e ficticiamente da vida social: já que a natureza humana particular deve estar marcada por uma atitude de intensificação de poder em face do próximo, as relações sociais que sobressairiam após uma tal subtração possuiriam o caráter de uma guerra de todos contra todos[11].

Esta luta assume a base de uma teoria do contrato que fundamenta a soberania do Estado[12]. No modelo teórico hobbessiano é necessário o *Leviatã* - o Estado Contratual - para não permitir a existência do estado de natureza, ou seja, "a guerra de todos contra todos". Mas, Hobbes não está afirmando que os homens estão sempre em guerra. Na condição natural de igualdade de poder sempre permanece possível a possibilidade de disputas e confrontos, sendo razoável se antecipar a tal situação através da criação artificial contrato. Com esta concepção teórica, o pensamento hobbesiano foi acusado de “fundamentar e legitimar uma forma de Estado avesso às liberdades e garantias individuais”[13]. E de forma contrária, como muitos dos modernos, Hobbes “pensou o Estado a partir do problema da liberdade”[14]. Segundo Bernardes, "o Estado hobbesiano é o artifício humano que possibilita o desenvolvimento das artes, da ciência, do trabalho e do comércio, enfim, de tudo aquilo que repousa sobre a iniciativa e o exercício das faculdades naturais de cada homem"[15].

9HONNETH, 2003, p. 34.
10LIMONGI, Maria Isabel. *Hobbes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 21.
11ibidem, p. 35.
[12]ibidem, p. 31.
[13]BERNARDES, Júlio. *Hobbes & A Liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 7.
[14]ibidem.
[15]BERNARDES, 2002, p. 58.

O modelo conceitual de Maquiavel e Hobbes utiliza, claro que cada um com sua teoria específica, a ideia da luta social entre os homens, da luta dos sujeitos por autoconservação, sendo o fim da ação política impedir este conflito[16]. Mas, não à custa da supressão da liberdade e direitos individuais.

Da mesma forma, o jusnaturalista Christian Wolff (1679-1754) vai teorizar sobre o *Estado de bem-estar social*, surgido na Prússia, baseado no papel do Estado na promoção do bem-estar geral. Segundo Braga Júnior, Wolff idealizou três condições: "a segurança externa (*securitas*); a segurança interna (tranquilas); e o conjunto dos meios para a satisfação do que é necessário, do que é útil e do que é supérfluo na existência humana"[17]. Nesta visão de Wolff, o Estado tem como objetivo fundamental a garantia da felicidade dos indivíduos, a partir da sua segurança.

O termo *polícia* vem da palavra *política* e aparece no século XV, para referir-se a boa ordem da comunidade, visando a felicidade dos súditos. Neste sentido, o Estado de Bem-estar social, vai utilizar técnicas de polícia, com atribuições mais amplas, voltado exclusivamente para o desenvolvimento da felicidade comum, sem extrapolar o limiar da justiça, com princípios de auto limitação[18]. Ou seja, "a prática de polícia nasce no seio da política efetiva, (...) tendo como objetivo o bem estar do cidadão"[19]. Retomando o conceito de Polícia, Foucault vai ratificar que este conceito tem um sentido totalmente diferente do que hoje entendemos[20]. No sistema do Estado de Bem-Estar Social do século XVII e XVIII repetindo, o *Estado de Polícia* referia-se a todo aparato estatal destinado a garantir a felicidade e o bem comum da sociedade. Na definição de ***polícia*** de **Von Justi**, um dos seus maiores teóricos no século XVIII, na obra *Elementos Gerais de Polícia* escreve que: "A polícia é o conjunto de leis e regulamentos, relativos ao interior de um Estado, que tendem a aumentar a consolidar e aumentar sua força, a fazer bom uso da sua força, e, em fim, proporcionar a felicidade dos súditos"[21]. Esta *teoria do Estado de Polícia*, como escreve Braga Júnior, "tem igualmente, já em seus princípios, uma autolimitação dos efeitos autoritários do intervencionismo estatal. A chamada boa ordem, critério geral de formação do Estado policial, dentro da teoria clássica, não extrapolaria o limiar da justiça em face mesmo dos fins mesmo dos fins de bem estar a que estivesse condicionada"[22].

[16]HONNETH, 2003, p. 35-37.
[17]BRAGA JÚNIOR, 2009, p. 449, 450.
[18] ibidem, 448,450.
[19] ibidem, 448.
[20]FOUCAULT, Michel. *Segurança, território e população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 441.
[21]apud FOUCAULT, 2008, p. 439.
[22] BRAGA JÚNIOR, 2009, p. 450.

Até o presente, verificamos que as teorias de Maquiavel, Hobbes e Wolff, consideram a necessidade da segurança como fator fundamental para garantia da estabilidade do Estado e da liberdade e felicidade do indivíduos. De certa forma, o que sustentamos é a compatibilidade entre segurança e liberdade registrada nas teorias do Estado Moderno. A seguir, apresentaremos os elementos teóricos que irão realizar a ruptura desta compatibilidade.

II

A mudança neste modelo de teórico de polícia existente até o século XVIII irá ocorrer, segundo Focault, basicamente pelos seguintes fatores: o surgimento da Economia como pensamento determinante para as políticas de Estado; o desenvolvimento das ideias do liberalismo econômico, que pregavam uma menor intervenção do Estado na questões sociais; o protagonismo e garantia das liberdades individuais enquanto interesse maior de cada cidadão e como função do Estado[23].

Nesta mudança, o Estado terá a função de regulador de interesses, e não mais como principio transcendente e sintético da felicidade de cada um, a ser transformada em felicidade de todos[24]. O Estado terá atividades positivas, indicadas pela Economia de mercado, realizadas por instituições para a garantia de que o sujeito exerça a liberdade necessária para satisfação de seus interesses, sem ser impedido. Restará, dentro do Estado, as atividades negativas, exercidas pela polícia, no sentido de impedir desordens, tumultos, etc. Segundo Foucault, "com isso, a noção de polícia se altera inteiramente, se marginaliza e adquire o sentimento negativo que conhecemos"[25]. Desta forma, O Estado moderno, que se iniciou como um *Estado de Polícia* (Política), no sentido de unidade na busca da estabilidade e do bem comum social, modifica-se com atividades distintas. Terá que, de um lado, organizar um sistema jurídico de respeito às liberdades; de outro lado, dotar-se de um instrumento de intervenção direto, mas negativo, que vai ser a polícia com função repressiva[26]. Ratificando, o antigo projeto de polícia se desarticula, se decompõe, tornando-se apenas uma das atividades negativas do Estado moderno.

[23]FOUCAULT, 2008, p. 448-475.
[24]Ibidem, p. 466.
[25]Ibidem, p. 476.
[26]FOUCAULT, 2008, p. 476.

III

A constituição brasileira de 1988 em seu artigo 5º apresenta o direito à segurança como sendo um dos direitos fundamentais, no mesmo patamar de importância do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. Ou seja, o legislador constituinte expressou também a prioridade do tema da segurança enquanto preocupação da sociedade em geral. No entanto, os governantes no sentido de responder a esta preocupação relacionada com a segurança enquanto política pública, apresentam sempre ações de caráter restritivo e *aporético* aos demais direitos fundamentais, tais como: sistemas de vigilância, leis penais mais duras, controle de imigração, etc. Estas ações polarizam duas reivindicações da sociedade: a garantia dos direitos individuais e a emergência da direito à segurança. De certa forma, colocam-se como opostos aquilo que possuem a mesma essência. De um lado, temos a criação de uma série de mecanismos para garantia dos direitos individuais, tais como: a inviolabilidade do domicílio, a proibição de prisões ilegais, o instituto do *habeas-corpus*, a garantia de ampla defesa aos acusados, etc. De outro lado, o direito à segurança enquanto política pública, teve como principais ações a militarização do policiamento preventivo e ostensivo, transformando "os agentes policiais em uma facção deslocada da sociedade civil, exorbitando em sua prática de vigilância e defesa para a agressão e extermínio"[27]. Todas as promessas de repressão à violência endêmica na sociedade brasileira não conseguem ir além do imediatismo eleitoreiro de fácil assimilação, como por exemplo: penas mais severas, aumento do policial ostensivo, elevação dos sistemas de vigilância, etc.[28] Ou seja, são ações que vão de encontro aos direitos individuais. Assim, a situação social brasileira referente a segurança pública, mantém o mesmo viés indicado por Foucault, conforme visto anteriormente, de clivagem nas atividades do Estado em positivas e negativas; restando ao aparato policial somente as de caráter negativo.

Indica-se, a partir do exposto, os seguintes encaminhamentos para uma próxima reflexão no sentido de romper está clivagem e incompatibilidade entre direitos individuais e segurança social:

- o resgate e atualização da atividades unitárias de um Estado do Bem Estar social em seu sentido originário;

[27] BRAGA JÚNIOR, 2009, p. 453.
[28] ibidem, p. 454.

- a discussão do conceito hodierno de Cidadania;

- a discussão sobre o papel da sociedade civil na elaboração de políticas públicas para garantia de direitos fundamentais sem vinculação com o ordenamento jurídico, ou seja, fora do aparato estatal.

Vamos nos ater no presente trabalho à uma reflexão sobre este último ponto: é possível garantir direitos fundamentais fora de um ordenamento jurídico?

O fenômeno da "constitucionalização do Direito" localizado em todos os Estados democráticos da atualidade e, em suas relações supranacionais, *reivindica* exigências de legitimidade e justificação para *além* da legalidade de sua normatividade jurídica. Afirma Carlos Nino que "a validez de certo ordenamento jurídico não pode fundar-se em regras desse mesmo sistema jurídico, mas deve derivar de princípios externos ao próprio sistema"[29]. Percebe-se diante desse fenômeno, o constante re-situar de fundamentos normativos devido aos acúmulos críticos de nossa civilização com novos parâmetros e paradigmas, permitindo ou mesmo produzindo rupturas; mas tudo isso sob uma mesma égide: a elaboração de "princípios fundamentais garantidores de um mínimo ético a ser respeitado pelo direito positivo"[30].

De acordo com Habermas, o Direito "reclama não apenas aceitação; ele demanda dos seus endereçados não apenas um reconhecimento fático, mas antes reivindica *merecer* o reconhecimento"[31]. Habermas escreve que, "através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral"[32]. A tensão entre a positividade do Direito e sua pretensão de legitimidade está latente no próprio Direito[33]. Habermas reconhece "que as questões morais e jurídicas referem-se aos mesmos problemas: como é possível ordenar

[29]NINO, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1994, p. 62.
Citado por:
SILVA, Alexandre Garrido da. "Teoria do Discurso, Construtivismo Filosófico e Razão Prática". *VIRTÚ Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional.* (www.direitopúblico.com.br). Salvador/BA, número 2, 2008, pp. 2-3.
[30]MAIA, Antônio Cavalcanti. "Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia". In: MELLO, Celso D. de A., TORRES, Ricardo L. (Orgs.) *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000. v. 2, p. 05.
Citado por:
SILVA, 2008, p. 3.
[31]Ibidem, p. 144.
[32]HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. (vol. I). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 141.
[33]Ibidem, p. 128.

legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas? Como é possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente?"[34]

Os direitos constitucionais positivados que se revestem de legalidade e, ao mesmo tempo, permitem o cumprimento de exigências de legitimidade e justificação são aqueles que garantem os denominados direitos fundamentais ou Direitos Humanos. Para Habermas, "a idéia dos direitos humanos e a da soberania do povo determinam até hoje a autocomprensão normativa de Estados de direito democráticos"[35]. Ou seja, os Direitos Humanos nas sociedades contemporâneas tornam-se cada vez mais o *medium* do Direito. Acolhemos, também, a sugestão de R. Alexy: *Direitos humanos são direitos morais*[36]. Ou melhor, como sustenta da mesma forma Carlos Nino*: "os direitos humanos são direitos estabelecidos por princípios morais"*[37]. O jusfilósofo argentino é ainda mais radical. Para ele, a natureza moral dos Direitos Humanos são de tal natureza, cuja *fundamentação* independeria de qualquer ordem jurídica nacional ou tratado internacional protetivo[38].

Os direitos fundamentais constitucionais são, em última instância, direitos morais; certos que compartilham características comuns aos princípios morais, tais como: autonomia, liberdade, igualdade, universalidade, respeito, dignidade, reconhecimento, dentre outros[39]. Escreve Alexy,

> direitos morais podem, simultaneamente, ser direitos jurídico-positivos; sua validez, porém, não pressupõe uma positivação. Para a validez ou existência de um direito moral basta que a norma, que está na sua base, valha moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada[40].

O discurso jurídico dos Direitos Humanos mostra sua verdadeira face enquanto direitos morais, principalmente nas controvérsias constitucionais, quando reivindica um

---

[34]Ibidem, p. 141.
[35]Ibidem, p. 128.
[36]ALEXY, Robert. "Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999, p. 60.
[37]NINO, 1989, p. 19.
[38]Cf. NINO, 1989, pp. 3, 4, 14.
[39]Cf. NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p. 73.
Citado por:
SILVA, Alexandre Garrido da. "Teoria do Discurso, Construtivismo Filosófico e Razão Prática". *VIRTÚ Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional.* (www.direitopúblico.com.br). Salvador/BA, número 2, 2008, p. 2.
[40]ALEXY, 1999, p. 60.

discurso justificatório mais amplo, aberto às razões de ordem pragmática e ética, conectado com princípios morais[41]. Esse espraimento da argumentação dos Direitos Humanos como direitos fundamentais constitucionais e, ao mesmo tempo, como direitos morais, *liquefaz* de vez a tese da dicotomia Direito e Moral, tão cara a tradição positivista para identificação do fenômeno jurídico[42].

Da mesma forma, Ernst Tugendhat explicita nossa hipótese: a *fundamentação* filosófica dos Direitos Humanos é uma *fundamentação* moral[43]. Para ele, os Direitos Humanos é um conceito central da moral política, assegurando o que ele denomina de "justificação moral do estado" em contraposição à "justificação contratualista clássica"[44]. Ele escreve que,

> a partir do meu direito, por ex. a integridade física ou corporal, resulta, além da exigência que eu tenho em relação a todos individualmente, uma exigência para todos comunitariamente, a saber, de me proteger e conjuntamente criar uma instância onde eu posso cobrar meu direito e onde este recebe a sua força. Haveria, portanto uma obrigação moral para a criação de uma instancia legal como representação unitária de todos e isto significa: resultaria uma exigência moral para a criação de um Estado. O direito moral pode, portanto, ser perfeitamente compreendido no sentido forte, mas somente de tal modo que daí resulte uma obrigação moral coletiva, uma correspondente instância jurídica a ser institucionalizada[45].

A *fundamentação* moral do Estado, segundo Tugendhat, precisa prever tantos os direitos individuais, quanto coletivos[46]. O poder do Estado moderno é *legítimo* só se ele se baseia de certa maneira nos interesses de todos, e a existência dos direitos humanos teria de significar que eles são incluídos nesta "de certa maneira"[47]. Percebemos que a própria terminologia utilizada na discussão filosófica dos Direitos

[41]Cf. SILVA, 2008, p. 2.
[42]Hans Kelsen afirma que "a ciência jurídica não tem que legitimar o Direito, não tem de forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão somente – conhecer e descrever".
KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. (3. ed.). São Paulo: Martins Fontes, 1991, p.75.
[43]Cf. NAHRA, Cinara. "Tugendhat e os Direitos Humanos". In: DALL'Agnol, Darlei. *Verdade e Respeito: A Filosofia de Ernst Tugendhat*. Florianópolis, SC: Editora da UFSC, 2007, p. 171.
[44]Ibidem, p. 153.
[45]TUGENDHAT, Ernest. *Lições de ética*. (5 ed.). Petrópolis, RJ: Vozes, 2003, p. 350
[46]Cf. NAHRA, 2007, p. 154.
[47]Cf. Ibidem, p. 155.

Humanos – “fundamentação”, “legitimação”, “justificação” – é uma “gramática moral”[48] que remete diretamente às reflexões da Ética[49].

Considerações Finais

A discussão sobre segurança pública e direitos humanos exige necessariamente repensar as funções do Estado contemporâneo e a visão de que questões sobre direitos humanos são questões unicamente jurídicas.

Na reflexão aqui exposta, apresentamos que os primeiros teóricos do Estado Moderno colocavam segurança pública e direitos individuais como prioridades do mesmo. Da mesma forma, a ideia do Estado de Bem Estar Social não estabelece nenhuma clivagem ou oposição entre Direitos Humanos e Segurança Pública.

O que podemos concluir é que os problemas de segurança pública que vivenciamos hoje relacionados principalmente a violência urbana, não serão resolvidos somente com leis mais severas, policiamento ostensivo e sistemas de vigilância; mas sim, com uma discussão sobre: quais são as funções do Estado, o papel da sociedade civil, a participação do cidadão e quais são os direitos essenciais para garantia da estabilidade da sociedade e do bem comum.

[48]Expressão utilizada por Axel Honneth.
HONNETH, Axel. *Lutas por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.
[49]Para uma distinção entre os termos “fundamentação”, “legitimação”, “justificação” ver:
SILVA, Alexandre Garrido da. “Teoria do Discurso, Construtivismo Filosófico e Razão Prática”. *VIRTÚ Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional.* (www.direitopúblico.com.br). Salvador/BA, número 2, 2008.

O ativismo político indígena no Brasil pós-1988 e os desafios à garantia de seus direitos[1]

Marlise Rosa[2]

Introdução

A emergência da questão indígena nos países da América Latina está estreitamente ligada aos processos de construção dos Estados-nação enquanto estruturas político-organizativas das sociedades nacionais (LOPÉZ-GARCÉS, 2004). Nesse contexto, a perspectiva de assimilacionismo constituiu-se como a principal estratégia adotada pelos Estados para manter a unidade nacional. As diversidades étnicas foram desconsideradas em prol da construção de uma população homogênea, a nacional.

Sob o intuito de incorporar o índio à civilização Ocidental desenvolveram-se as correntes indigenistas, as quais, de acordo com Bittencourt (2007), converteram-se em instrumentos do poder burocratizado, e, portanto estavam distante de constituírem perspectivas que buscavam mudar o curso da questão indígena. O indigenismo condicionou o que se podia dizer sobre os índios na América Latina, tornando-se uma rede de interesses contraditórios com diferentes programas e projetos que encaminhava o debate sobre a questão indígena, "assim, vários segmentos sociais se tornaram aptos a propor soluções em nome dos índios, sem que esses participassem efetivamente dessas reflexões" (BITTENCOURT, 2007, p. 30).

No Brasil, foi em 1910, com Marechal Cândido Rondon que se consolidou a escola dos primeiros indigenistas, o Serviço de Proteção ao Índio e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPILTN), que depois passou a ser chamar SPI. Revelou-se então, a nova imagem do índio sob a perspectiva de quem aguardava a intervenção salvadora do governo. Nesse momento, a catequese missionária, principal instrumento para a salvação dos índios no período imperial, foi substituída pela ideia de proteção aos índios, dando início ao regime tutelar do Estado. A tutela enquanto regime jurídico-legal diferenciado para as sociedades indígenas:

> [...] correspondeu a uma série de normas legais e políticas estatais específicas para os povos indígenas: o Código Civil (1916); Decreto nº 5484

[1] Agradeço a Chikinha Paresi e a Simone Terena pela valiosa interlocução na elaboração deste trabalho.

[2] Mestranda em Antropologia Social pelo PPGAS/Museu Nacional/UFRJ. Integra o Núcleo de Estudos do Poder (CPDA/UFRRJ). Email: marlise.mrosa@gmail.com.

> (1928), o Estatuto do Índio (1973), e as sucessivas Constituições Federais (1934, 1937, 1946 e 1967), que colocavam como objetivo principal do Estado-Nacional a "incorporação" ou "assimilação" dos índios à "Nação". (FERREIRA, 2008, p. 4)

Em 1967, logo após o início da ditadura militar, o SPI foi extinto e substituído pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), deixando às claras a perspectiva integracionista vigente no Estado brasileiro. Nesse contexto, sob iniciativa da Igreja Católica, ocorreu a criação do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), o qual "procurou favorecer a articulação entre aldeias e povos, promovendo as grandes assembleias indígenas[3], onde se desenharam os primeiros contornos da luta pela garantia do direito à diversidade cultural" (CIMI, 2012).

Iniciam-se então, na década de 1970, através dessas assembleias intermediadas pelo CIMI, a construção de:

> [...] um tipo de associativismo pan-indígena que seria enfatizado, no plano retórico, como via privilegiada para a autodeterminação indígena. Esboça-se assim aquele que é o elemento a questionar mais fortemente as tradições de conhecimento de nosso arquivo colonial: o movimento indígena[4], onde o porta-voz branco, tutor, seja oficial ou não, deve ser ultrapassado e dar curso à polifonia indígena em nosso país. (SOUZA LIMA, 2005, p. 244)

Em 1980, durante a realização do I Seminário de Estudos Indigenistas do Mato Grosso do Sul, sob iniciativa de antropólogos e indigenistas ali presentes, foi fundada a União das Nações Indígenas (UNI), primeira tentativa de consolidação do movimento em âmbito nacional. No entanto, diante das dificuldades políticas e geográficas de articular um movimento de representação nacional, em meados de 1980, volta-se novamente para a criação e consolidação de organizações locais e regionais (BORGES, 2012).

Apesar do insucesso na consolidação de um movimento indígena nacional, a UNI teve grande importância enquanto referência simbólica dos indígenas no processo de redemocratização pelo qual passava a sociedade brasileira no final da década de 1980, tanto que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreu o sepultamento do regime tutelar e o reconhecimento da diversidade cultural.

---

[3] Durante a década de 1970 ocorreram duas assembleias indígenas: a I Assembleia de Líderes Indígenas em Diamantino - MT, realizada entre os dias 17 e 19 de abril de 1974, com participação de 16 lideranças indígenas das etnias Apiaká, Kayabi, Tapirapé, Rikbaktsa, Pareci, Nambikwara, Xavante e Bororo; e a II Assembleia Indígena do Alto Tapajós - AM, realizada entre os dias 13 e 16 de maio de 1975, que reunião 33 lideranças de diversas etnias (BORGES, 2012).

[4] Como movimento indígena, conforme a compreensão das próprias lideranças indígenas que o constituem, compreende-se "o conjunto de estratégias e ações que as comunidades e as organizações indígenas desenvolvem em defesa de seus direitos e interesses coletivos". (LUCIANO, 2006, p. 58)

Não suprimida a necessidade de uma articulação nacional dos povos indígenas, em 1992, em uma assembleia da Comissão das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB), sob o acompanhamento do CIMI, foi fundado o Conselho de Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (CAPOIB), com sede em Brasília, cuja primeira assembleia geral aconteceu apenas em 1995 (RICARDO, 1991). No ano de 2000, durante as comemorações oficiais dos "500 anos de Brasil", o movimento indígena realizou a Marcha Indígena, talvez o maior protesto já protagonizado pelos indígenas na história brasileira, que acabou por marcar uma cisão e retrocesso no processo de construção do movimento indígena nacional.[5]

Em abril de 2004, sob influência da grande polêmica nacional que envolveu a homologação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ocorreu em Brasília o primeiro protesto indígena articulado nacionalmente durante o governo do Presidente Lula. Estiveram presentes mais de 200 lideranças de 31 diferentes etnias, que durante 07 dias acamparam na Esplanada dos Ministérios. Esse evento corresponde ao primeiro Acampamento Terra Livre (ATL), assim denominado em referência à Assembleia do Conselho Indígena de Roraima, que mesmo antes do decreto de homologação, proclamou Raposa Serra do Sol como "Terra Livre". Ali reunidas, as lideranças reivindicavam a "desintrusão, proteção do território, processos de demarcação e homologação [...] nesse momento em que seus direitos constitucionais são ameaçados por uma frente antiíndigena formada por parlamentares de todos os partidos" (HECK; NAVARRO, 2004). Desde então, o Acampamento Terra Livre é realizado anualmente em Brasília, com exceção da edição do ano de 2012, que ocorreu durante a Cúpula dos Povos, evento paralelo à conferência Rio+20, na cidade do Rio de Janeiro.

Durante a segunda edição do Acampamento Terra Livre, em 2005, estiveram presentes mais de 800 lideranças de 89 etnias das mais diversas regiões. Nessa ocasião, decidiu-se pela extinção do CAPOIB, que já se encontrava desarticulado há alguns anos, e pela criação de uma nova articulação do movimento indígena em âmbito nacional, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB).

A APIB foi fundada sob o intuito de "tornar visível a situação dos direitos indígenas e reivindicar do Estado brasileiro o atendimento das demandas e reivindicações dos povos indígenas" (APIB, 2012). A consubstancialização das demandas das organizações indígenas locais e regionais[6] através da APIB tem o propósito de:

[5] Ver FERREIRA, Andrey Cordeiro. **Desigualdade e diversidade no Brasil dos 500 anos: etnografia da conferência e marcha indígena**. In: LIMA, Roberto Kant de (org). Antropologia e direitos humanos, 5. Brasília, Rio de Janeiro: ABA, Booklink, 2008.

[6] Integram a APIB a Articulação dos Povos Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo (APOINME), Articulação dos Povos Indígenas do Pantanal e Região (ARPIPAN), Articulação dos Povos Indígenas do Sudeste (ARPINSUDESTE), Articulação dos Povos Indígenas do

- Fortalecer a união dos povos indígenas, a articulação entre as diferentes regiões e organizações indígenas do país;
- Unificar as lutas dos povos indígenas, a pauta de reivindicações e demandas e a política do movimento indígena;
- Mobilizar os povos e organizações indígenas do país contra as ameaças e agressões aos direitos indígenas. (APIB, 2012)

Sua organização estrutura-se a partir de três instâncias políticas: o Acampamento Terra Livre (ATL) que se reúne todos os anos na Esplanada dos Ministérios, em Brasília; o Fórum Nacional de Lideranças Indígenas (FNLI) que acontece duas vezes por ano para viabilizar as deliberações e encaminhamentos do ATL; e a Comissão Nacional Permanente (CNP), comissão estabelecida em Brasília, para executar o plano de ação da APIB.

O movimento indígena, desde sua constituição, teve um papel fundamental na conquista dos direitos para essa população. Em 1988 assegurou um capítulo específico sobre direitos indígenas na Constituição Federal; em 2003 ratificou a Convenção 169/OIT; além da criação e implantação de programas governamentais inovadores, como por exemplo, a criação dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (LUCIANO, 2006).

Atualmente, o movimento indígena articulado pela APIB, embora comporte outras demandas como legislação indigenista, saúde indígena, educação escolar indígena, participação paritária nas instâncias governamentais e justiça no sentindo de fim da violência cometida contra os povos indígenas, tem como elemento estrutural de suas ações a questão territorial, seja como luta pela terra, demarcação, desintrusão e proteção das terras indígenas, ou como gestão territorial e sustentabilidade.

Ofensivas Legislativas e Judiciárias contra os direitos indígenas

A última década marca a formação, no Congresso Nacional, de um bloco de parlamentares[7] que fazem oposição direta aos direitos indígenas assegurados pela Constituição Federal de 1988. Como pano de fundo desse processo, estão as agroestratégias que influenciam a "formulação de políticas governamentais, com seus respectivos planos, programas e projetos para o setor agrícola" (ALMEIDA, 2010, p. 103). Somado a isso, a própria política indigenista adotada pelo governo do presidente Lula, e agora, pela presidenta Dilma, tem acirrado os conflitos entre os atores sociais que atuam no campo político das relações étnicas, resultando no avanço da violência contra a população

Sul (ARPINSUL), Grande Assembléia do povo Guarani (ATY GUASSÚ) e Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB). Essas organizações indígenas formais, com caráter jurídico seguem um "modelo branco", com estatuto social, assembleias gerais, diretoria eleita, etc.

[7] Esse bloco de parlamentares é institucionalmente denominado Frente Parlamentar da Agropecuária, porém, é popularmente conhecido como a "bancada ruralista".

indígena. Trata-se, portanto, como adverte Pacheco de Oliveira (2013), de um momento de crise causado pela maior ofensiva contra a política indigenista da história brasileira.

As agroestatégias seriam, conforme Almeida (2010), as estratégias políticas e práticas vinculadas ao agronegócio com a finalidade de expandir seu domínio sobre amplas extensões de terras do Brasil. Elas se concretizam na esfera dos três poderes – Judiciário, Legislativo e Executivo – visando enfraquecer os dispositivos constitucionais que asseguram os direitos territoriais e étnicos de povos indígenas e populações tradicionais.

Essas agroestratégias, de acordo com o autor, atualmente compõem as agendas de agências multilaterais como o Banco Mundial (Bird), Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização Mundial do Comércio (OMC), e de conglomerados financeiros, apresentando-se como a solução para a propalada "crise do setor de alimentos". Para os estrategistas do agronegócio, o Brasil pode ser um dos principais fornecedores de alimentos, já que detém a maior disponibilidade de terras agricultáveis do mundo. Dissemina-se, então, uma visão triunfalista do agronegócio e do potencial agrícola do Brasil.

Ao mesmo tempo, além da chamada "crise alimentar", a perspectiva de escassez de combustíveis fósseis traz a tona a demanda por biocombustíveis, o que por sua vez, é responsável pela contínua expansão das áreas produtoras de grãos – principalmente a soja – e de cana-de-açúcar, como ocorre, por exemplo, nos estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, ambos localizados na região Centro-oeste. Essa expansão acelerada tem causado não somente problemas ambientais, como também, tem consequências diretas sobre os processos de organização social e política das populações indígenas locais, afetando suas práticas, relações e concepções econômicas, cosmológicas e territoriais.

Deste modo, sob a perspectiva de que no Brasil a terra é um bem ilimitado e permanentemente disponível, e dessa forma, qualquer área seria uma área em potencial para a expansão do agronegócio, as terras indígenas e demais terras tradicionalmente ocupadas são vistas como obstáculos para a circulação mercantil. Diante disso, "as agroestratégias visam remover tais obstáculos e incentivar as possibilidades de compra e venda, ampliando as terras disponíveis aos empreendimentos vinculados aos agronegócios" (ALMEIDA, 2010, p. 111). Essas investidas ocorrem simultaneamente na esfera dos poderes Legislativo e Judiciário, por meio de projetos de leis, portarias, decretos e propostas de ementas constitucionais.

De acordo com um levantamento detalhado realizado por Capiberibe e Bonilla (2013), existem 31 instrumentos legais em tramitação no Congresso Nacional e no setor judiciário, que visam a redução dos direitos indígenas, e apenas 07 que são a favor dessa população. Essa discrepância é ilustrativa da condição de vulnerabilidade em que se encontram os povos indígenas do Brasil. Contudo, em decorrência das limitações estruturais

desse trabalho, abordarei aqui apenas as medidas legislativas que, nos últimos anos, são alvo de maior polêmica. Tratam-se do PL 1610/1996, que tem a finalidade de abrir as terras indígenas (TI) à exploração mineral de interesse privado; da PEC 38/1999, que propõe a transferência para o Senado Federal das deliberações sobre o processo de demarcação das TIs; PEC 215/2000, cujo objetivo, assim como a PEC 38, é transferir para o Congresso as deliberações sobre os processos demarcatórios, e além disso, ratificar demarcações já homologadas; PLP 227/2012, que considera de interesse público e assim, pretende legalizar a existências de latifúndios, assentamentos rurais, estradas, mineração, empreendimentos econômicos dentre outros, em áreas indígenas; e por fim, a PEC 237/2013, que permite que produtores rurais, por meio de concessões, tomem posse das terras indígenas, dessa forma, possibilitando a abertura dessas áreas ao agronegócio.

Além dessas medidas Legislativas, há também a Portaria Interministerial 419/2011, e a Portaria 303/2012 da Advocacia Geral da União (AGU). A primeira regulamenta a atuação dos órgãos e entidades da administração pública federal envolvidos no licenciamento ambiental. Estipulam-se assim, prazos irrisórios para a execução das avaliações e elaboração de pareceres da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e demais órgãos responsáveis pelos processos de licenciamento ambiental. A finalidade desta portaria é, portanto, agilizar a liberação de obras de infraestruturas como hidrelétricas e estradas, em terras indígenas. Não obstante, a portaria considera terra indígena apenas aquelas que tenham sua demarcação publicada no Diário Oficial da União.

A Portaria 303/2012 da AGU, por sua vez, estende a aplicação das condicionantes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, para todas as demais terras indígenas do país, determinando que, mesmo em situações em que os processos demarcatórios já tenham sido finalizados, haja sua revisão e aplicação aos termos. Na prática, seus efeitos seriam a limitação do usufruto dessas terras indígenas já demarcadas, seguida pela restrição de novas demarcações.

Note-se que tais medidas atacam, majoritariamente, o direito indígena à terra. Direito este, que é assegurado pela Constituição Federal de 1988, e reconhecido como um direito originário, isto é, pautado no reconhecimento do fato histórico de que os índios foram os primeiros habitantes do Brasil.

ISSN: 2317-0255

Identificação	Autoria	Ementa	Artigos da Constituição Federal e respectivas propostas de alteração	Situação
PL 1610/1996	Senador Romero Jucá - PFL/RR	Dispõe sobre a exploração e o aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas, de que tratam os arts. 176, parágrafo 1º, e 231, parágrafo 3º, da Constituição Federal.	**Art. 176** As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. **§ 1º** - A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas **Art. 231** São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. **§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.**	Aguardando Parecer na Comissão Especial.

PEC 38/1999	Senador Marizaldo Cavalcanti – PTB/RR	Acresce inciso XV ao art. 52. Altera a redação do inciso III do art. 225. Altera a redação do caput do art. 231 e acresce § 2º ao mencionado artigo da Constituição Federal.	**Art. 52** Compete privativamente ao Senado Federal: (...) **XV** – Aprovar o processo de demarcação das terras indígenas. **Art. 225** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações. **§ 1º** - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) **III** - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Redação original) **III** – definir, em todas as unidades da Federação, observados os limites fixados no art. 231 § 2º, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Proposta de alteração). **Art. 231** São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (Redação original) **Art. 231** São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-la, proteger e fazer respeitar todos os seus bens, e ao Senado Federal aprovar o processo de demarcação (Proposta de	Passou por três relatorias com pareceres positivos pela Comissão de Constituição e Justiça; atualmente aguarda a inclusão na Ordem do Dia do Senado Federal.

			alteração). **§ 2º** As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (Redação original) **§ 2º** As áreas destinadas às terras indígenas e às unidades de conservação ambiental não poderão ultrapassar, conjuntamente, 30% (trinta por cento) da superfície de cada unidade da Federação (Proposta de alteração)	
PEC 215/2000	Deputado Almir Sá - PPB/RR	Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal.	**Art. 49.** É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) **XVIII** - aprovar a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e ratificar as demarcações já homologadas; **Art. 231**. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. **§ 4º** - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. (Redação original) **§ 4º** - As terras de que trata este "artigo, após a respectiva demarcação aprovada ou ratificada pelo Congresso Nacional, são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. **§ 8º** - Os critérios e procedimentos de demarcação das Áreas Indígenas deverão ser regulamentados por lei.	Aguardando Parecer na Comissão Especial.
PLP 227/2012	Deputado Homero Pereira – PSD/MT	Regulamenta o § 6º do art. 231, da Constituição Federal de 1988 definindo os bens de relevante interesse público da União para fins de demarcação de	**Art. 231** São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. **§ 6º** - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a	Apensado ao PLP 206/1990 de autoria do Senador Carlos Patrocínio - PFL/TO; Tramitou no Senado como

		Terras Indígenas.	posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. **PLP 227/2012 - Art. 1º** São considerados bens de relevante interesse público da União, para fins dessa lei, as terras de fronteira, as vias federais de comunicação, as áreas antropizadas produtivas que atendam a função social da terra nos termos do art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal de 1988, os perímetros rurais e urbanos dos municípios, as lavras e portos em atividade, e as terras ocupadas pelos índios desde 05 de outubro de 1988.	PSL 257/1989, sendo aprovado no mesmo ano. Atualmente, aguarda a constituição de Comissão Especial na Mesa Diretora da Câmara.
PEC 237/2013	Deputado Nelson Padovani - PSC/PR	Acrescente-se o artigo 176.A no texto Constitucional para tornar possível a posse indireta de terras indígenas à produtores rurais na forma de concessão.	**Art.176.A** A pesquisa, o cultivo e a produção agropecuária nas terras habitadas permanentemente e tradicionalmente ocupadas pelos índios somente poderão ser realizadas mediante concessão da União, em prol do interesse nacional e de forma compatível com a política agropecuária, a brasileiros que explorem estas atividades, e que atendam e se comprometam com as seguintes exigências, simultaneamente: (...)	Pronta para a Pauta na Comissão de Constituição e Justiça.

Dados atualizados em 31/03/2014.

A partir da análise desses instrumentos legais aqui apresentados, torna-se evidente a centralidade da questão territorial, seja ela na demarcação de novas áreas, ou na gestão desse território. O que está em jogo, portanto, são os inúmeros interesses que cercam as terras indígenas, seus recursos naturais e/ou minerais, sua biodiversidade e até os próprios conhecimentos tradicionais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se um prazo de cinco anos para que todas as terras indígenas fossem devidamente demarcadas. Esse prazo encerrou-se em 1993, e hoje, 11 anos após, ainda restam 229 TI em situação irregular.

Situação	Nº TIs	Extensão (hectares)
Em Identificação	122	8.004
Com restrição de uso a não índios	6	1.079.412
Total	128 (18,55%)	1.087.416 (0,96%)
Identificada	35 (5,07%)	2.243.453 (1,98%)
Declarada	66 (9,57%)	4.271.304 (3,77%)
Reservada	22	107.955
Homologada	18	2.083.670
Reservada ou Homologada com Registro no CRI e/ou SPU	421	103.384.889
Total	461 (66,81%)	105.576.514 (93,28%)
Total Geral	**690 (100%)**	**113.178.687 (100%)**

Fonte: Povos Indígenas no Brasil (2014).

Desde a redemocratização do Brasil, o atual governo foi o que menos demarcou terras indígenas. Segundo dados divulgados no sítio da Organização Povos Indígenas no Brasil, em quase 04 anos do mandato da Presidenta Dilma, apenas 09 terras indígenas foram declaradas e 11 homologadas.

A fim de sanar uma série de conflitos violentos envolvendo indígenas e produtores rurais em vários estados brasileiros, o governo federal tem discutido a possibilidade de criar um programa com recursos do Orçamento da União, para adquirir novas terras para reservas indígenas, ou então, indenizar proprietários rurais pela expropriação de áreas demarcadas (“União terá programa de compra de áreas para reserva indígena”, Jornal Valor Econômico, 22 nov. 2013). Entretanto, quando se cogita a possibilidade de aquisição de novas áreas para criação de terras indígenas, desconsidera-se por completo o sentido que os indígenas atribuem à terra. Para essa população, a terra não é apenas um meio de subsistência, mas sim, é nela que se sustenta todo o seu sistema de crenças e conhecimentos. Conforme as palavras de um jovem indígena da etnia Dessana, do Amazonas:

> Sobre as TERRAS INDÍGENAS, a maior parte da população ainda desconhece o verdadeiro sentido destas duas palavras. A terra não é a mesma coisa para os indígenas e para “não indígenas”. Para os "não indígenas" a terra onde vivem é um lugar igual a todos os outros, uma mercadoria como outra qualquer, que pode ser vendida, comprada e trocada.
> A diferença é que para os indígenas a terra não é só daqueles que hoje vivem nela na sua forma humana. É também dos ancestrais que viveram antes de nós e que nela continuam a viver sob outras formas; é daqueles que vivem nela hoje, e que nela viverão mais tarde; e é também daqueles que ainda não existem hoje e que viverão nela algum dia. É a partir dessa dimensão que a terra indígena tem significado. (Postagem em rede social, 09 jan. 2014).

A aquisição de novas áreas não solucionaria essa questão, pois não se trata de uma demanda por qualquer área de terra, mas sim, das terras tradicionalmente ocupadas, de territórios ancestrais. A solução dessa questão reside na demarcação das áreas específicas que são reivindicadas.

Em decorrência da lentidão do governo federal frente ao processo de demarcação das terras indígenas, os índios, em várias regiões, vêm executando ações coletivas de retomadas de terras. As retomadas, nada mais são, que a recuperação das áreas por eles tradicionalmente ocupadas, e que estão em posse de não índios. Essas ações acabam resultando em enfrentamentos violentos entre os indígenas e os proprietários rurais, e não raro, em mortes.

Nesse cenário, o estado do Mato Grosso do Sul, ocupa um lugar de destaque. A fim de conter as retomadas, os produtores rurais organizaram um evento que ficou conhecido como “Leilão da Resistência”. Como justificativa legal, seus organizadores alegaram que seria um meio de arrecadar fundos para o pagamento de honorários de advogados, entretanto, declarações paralelas e a própria configuração da questão indígena no estado, deixam claro que o verdadeiro propósito deste evento era a arrecadação de recursos para a contratação de segurança privada para a suposta defesa das propriedades. Essa prática não é novidade na região[8], prova disso é a denúncia feita pelo Ministério Público Federal de Mato Grosso do Sul (MPF-MS), de que, a empresa de segurança privada Gaspem, esteja envolvida na morte do indígena da etnia Guarani Kawoiá, Nísio Gomes, em novembro de 2011[9]. À época, essa empresa prestava serviços aos proprietários de uma área retomada.

O Conselho Terena e Aty Guasu Guarani-Kaiowá, organizações indígenas locais, entraram com uma ação na Justiça Federal exigindo a suspensão do evento e conseguiram

[8] Ver mais em “Segurança privada invade acampamento e escreve ameaça de morte na terra”. Disponível em:<http://cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=7268&action=read>.
[9] Ver mais em “TRF-3 pede a prisão de quatro envolvidos no assassinato do cacique Nísio Gomes”. Disponível em: http://www.brasildefato.com.br/node/13054; “Procuradores pedem fechamento de firma de “milícia privada”, após assassinatos Guarani”. Disponível em:< http://www.survivalinternational.org/ultimas-noticias/9537>.

uma liminar favorável. Entretanto, em menos de 48 horas, os advogados da Associação dos Criadores de Mato Grosso do Sul (ACRISSUL) e Federação da Agricultura e Pecuária de Mato Grosso do Sul (FAMASUL) recorreram e, conseguiram, às vésperas do evento, a autorização judicial para sua realização. Por meio do arremate de lotes de animais e cerais, seu saldo final foi a arrecadação de R$ 640,5 mil[10].

Os indígenas de Mato Grosso do Sul, além das ameaças e atentados violentos cometidos a mando dos produtores rurais, se deparam também com certa hostilidade por parte da Polícia Federal do estado. Recentemente, veio a público a declaração do delegado Alcídio de Souza Araújo, que, quando esteve na área retomada Yvy Katu, afirmou: "índios mortos não lutam mais, o sonho acabou. [...] Vocês índios vivos podem até cobrar um milhão de reais pela morte de índio do governo, mas quem morreu já morreu"[11] (CIMI, 2013). Este mesmo delegado foi responsável pela reintegração de posse da propriedade do ex-deputado estadual, Ricardo Bacha, na terra indígena Buriti, que resultou na morte do indígena Oziel Terena. De acordo com o irmão da vítima, Otoniel Terena, o disparo partiu da localização em que estava a Polícia Federal[12]. Sete meses após o ocorrido, o inquérito policial foi concluído, porém, sem apontar o autor do disparo.

Com base no Relatório de Violência Contra os Povos Indígenas, realizado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), em 2012, o estado de Mato Grosso do Sul ocupa o topo da lista de assassinatos de indígenas, com 37 casos. Número este, que, tragicamente, em todo o país teve um crescimento de 15% em comparação a 2011.

O relatório aborda três categorias de violência: violência contra o patrimônio, violência por omissão do Poder Público e violência contra a pessoa. Na primeira categoria, houve um aumento de 26% em relação ao ano anterior, na segunda de 72% e na terceira, onde estão incluídos os casos de ameaças de morte, homicídios e tentativas, racismo, lesões corporais e violência sexual, houve o aumento vertiginoso de 237% (CIMI, 2012).

Esses dados demonstram que, embora hajam tratados internacionais, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) da qual o Brasil é signatário, e também a própria Constituição Federal, que asseguram os direitos indígenas,

[10] Ver mais em "O leilão da barbárie ruralista: governo Dilma se omite diante de uma tragédia anunciada". Disponível em:< http://www.ivanvalente.com.br/blog/2013/12/o-leilao-da-barbarie-ruralista-governo-dilma-se-omite-diante-de-uma-tragedia-anunciada/>; "O silêncio das autoridades públicas diante de afrontas aos direitos constitucionais". Disponível em:< http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=7310>.

[11] Ver mais em "Em repúdio às ameaças da Polícia Federal contra a comunidade Yvy Katu (MS)". Disponível em:< http://www.cimi.org.br/site/pt-br/index.php?system=news&action=read&id=7231>.; "Delegado da PF ameaça com Força Nacional despejo em Yvy Katu (MS)". Disponível em:< http://www.cimi.org.br/site/pt-br/index.php?system=news&action=read&id=7230>.

[12] Ver mais em "Meu irmão levou o tiro do lado em que grupo da PF estava", denuncia Otoniel Terena; indígenas são presos para dar explicações". Disponível em:<http://www.cimi.org.br/site/pt-br/index.php?system=news&action=read&id=6927>.

muitos desses direitos consagrados como fundamentais são livre e cotidianamente violados sem que nenhuma medida seja tomada em sua defesa. Falar em direitos humanos, nesse contexto, significa, portanto, falar da sua ausência, da sua violação, do seu esquecimento. Eis aqui a materialização daquilo que secretário-geral da ONG Anistia Internacional, Salil Shetty, se referia ao falar de "zona franca de direitos humanos"[13].

Considerações finais

O movimento indígena brasileiro desde sua constituição, na década de 1970, vem desempenhando um papel fundamental na conquista dos direitos indígenas. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, assegurou o reconhecimento do direito dos índios sobre suas terras como um direito originário, garantiu o sepultamento legal do regime tutelar, o reconhecimento da diversidade cultural e o fim da perspectiva assimilacionista. Posteriormente, em 2002, contribuiu para a ratificação da Convenção 169 da OIT. Além disso, ao longo de 40 anos de atuação, tem contribuído para a criação e implantação de diversos programas e políticas específicas para essa população.

Como vimos anteriormente, a APIB constitui-se como a terceira tentativa de consolidação de uma instituição do movimento indígena com representação nacional. Tanto a União das Nações Indígenas (UNI) quanto o Conselho de Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (CAPOIB), por motivos diversos, foram dissolvidos. Essas fraturas estruturais e conjunturais do movimento indígena brasileiro têm como uma de suas causas, por um lado, a dificuldade de conciliar a pluralidade étnica e as diversidades socioculturais dos povos e territórios indígenas do Brasil em uma agenda de luta comum. E, por outro, a acusação de que uma agenda de luta comum suprimiria essa pluralidade étnica, e assim, contribuiria para a criação de uma indianidade genérica. Frente a isso, a APIB adota como estratégia política um ativismo que se dá ao mesmo tempo nas esferas locais e regionais, e em âmbito nacional, e até mesmo, internacional. Em outras palavras, a atuação das organizações locais e regionais, é também a atuação da APIB, já que estas a compõem.

Ao analisar a caso mexicano, Bonfil Batalla (1978), afirma que a emergência das organizações indígenas resulta, ao mesmo tempo, de causas exógenas e endógenas. "Os primeiros são aquelas que derivam das condições da sociedade global em que se inserem os grupos étnicos; os endógenos, no entanto, encontram sua explicação dentro das próprias

[13] O significado literal do termo "zona franca" corresponde a uma área específica em que há circulação de mercadorias beneficiadas por incentivos fiscais e com tarifas alfandegárias reduzidas ou ausentes. Assim, a utilização do termo como referência à violação dos direitos humanos adotada pelo secretário-geral da ONG Anistia Internacional, Salil Shetty, ocorre no sentido de enfatizar a negligência do Estado brasileiro para com suas minorias, sejam elas negros, pobres ou indígenas.

sociedades indígenas" (BONFIL BATALLA, 1978, p. 210). Embora difiram na forma com que se apresentam, as configurações do movimento indígena no Brasil, tanto em aspectos internos como externos, podem ser pensadas sob a mesma perspectiva.

Dentre as causas exógenas está a persistência de diversos modos de produção articulados com o modo de produção capitalista dominante, que pode ser pensado também em termos do desenvolvimento desigual próprio do capitalismo; as relações sociais concretas entre as populações indígenas e não-indígenas e consequentemente, as representações que as definem em nível ideológico, que expressa a relação assimétrica entre o grupo que domina econômica, política e socialmente o outro, e justifica a sua posição de dominante por uma suposta superioridade intelectual e cultural; o reconhecimento do pluralismo étnico pelo Estado, ou seja, o Estado passa a reconhecer a especificidade histórica desses grupos e a pensar uma política diferenciada; a incapacidade do sistema dominante para incorporar esse setor da população marginal; a própria conjuntura política do país e conjuntura política internacional. Como causas endógenas, podemos citar as identidades primordiais, ou seja, a língua, costumes, tradições; a necessidade de espaços próprios, tanto em termos de território geográfico, como também espaços políticos, intelectuais, culturais e sociais; e o surgimento de novas lideranças em potencial, ou seja, jovens indígenas com formação universitária que passam a se organizar politicamente dentro e fora do grupo (BONFIL BATALLA, 1978).

Varese *apud* Cavalcante (1996) pensa o surgimento dessas novas lideranças indígenas sob a perspectiva de classe, nesse sentido, para o autor, as relações interétnicas são também relações de classe. Isto é, para Varese, no interior dos grupos étnicos há um setor privilegiado, composto por intelectuais dirigentes formados principalmente nas escolas missionárias, que formam uma espécie de burguesia indígena. "É justamente dessa camada intermediária, os intelectuais, que surge um inconformismo a nível de consciência social e étnica fazendo emergir "a dialética da mobilização política" (VARESE *apud* CAVALCANTE, 1996, p. 21).

Cavalcante (1996) também cita Batalla, que por sua vez, compreende a mobilização política dos povos indígenas como uma nova fase de suas existências, que se expressa ideologicamente através de um pensamento político próprio ainda em formação. Esse projeto comporta as fases de recuperação da identidade étnica dissolvida pela ordem colonial, pela nova dimensão que essa categoria assume na mobilização interétnica e na sua utilização como instrumento de luta.

As categorias étnicas permitem tanto a atribuição como também a reivindicação de diferenças culturais nas interações sociais. Dessa forma, a etnicidade enquanto um sistema de classificação e organização social das interações sociais, pode comportar diferentes

graus, como, por exemplo, as redes étnicas, as associações étnicas e as comunidades étnicas, conforme a tipologia proposta por Handelman (PINTO, 2012).

Por redes étnicas o autor refere-se ao estabelecimento de laços interpessoais entre os membros de uma mesma categoria étnica, criando assim, laços de solidariedade e padrões de interações sociais com obrigações morais e sociais entre os indivíduos que a compõem. As associações étnicas, por sua vez, tem um caráter político. “Correspondem ao desenvolvimento de um aparato institucional por parte dos membros de uma categoria étnica” (PINTO, 2012, p. 69). Enquanto que, as comunidades étnicas representam a organização mais formalizada da etnicidade. Além de características compartilhadas com os demais tipos, “formam grupos sociais com vida coletiva ligada à construção de uma territorialidade própria” (PINTO, 2012, p. 70). Esse território, seja permanente ou transitório, recebe a atribuição de um valor prático e simbólico.

A tipologia de Handelman, de acordo com Pinto (2012), demonstra as diferentes formas de organização da etnicidade, formas estas que podem coexistir, competir ou combinar-se no interior de um mesmo grupo. Nesse sentido, a APIB e as demais organizações que a compõem, podem ser pensadas ao mesmo tempo como associações e redes de comunidades étnicas.

Além disso, embora haja lacunas na articulação do movimento indígena nacional, ao o compreendermos enquanto movimento social, visualizamos a construção de uma identidade coletiva, que com base em Castells (1999), pode ser pensada, em seu início, como uma identidade de resistência, e atualmente, como uma identidade de projeto.

Por identidade de resistência, Castells (1999) refere-se aquela criada por atores que estão em condições marginalizadas e estigmatizadas pela lógica da dominação. Esses autores, por meio da utilização de qualquer material cultural, constroem uma nova identidade capaz de redefinir a sua posição na sociedade, e ao mesmo tempo, de buscar a transformação da estrutura social, constituindo assim, a identidade de projeto. Busca-se então, a reconstrução da sociedade a fim de torná-la mais justa e igualitária.

Neste cenário de constantes investidas contra os direitos indígenas, o ativismo político indígena representa, portanto, a principal estratégia de ação e de resistência à violação de seus direitos. A intervenção do Conselho Terena e da Aty Guasu Guarani-Kaiowá nas diversas situações no estado de Mato Grosso do Sul, são exemplos da atuação e da importância que o ativismo político indígena vem exercendo nesse momento de crise causado pela maior ofensiva contra a política indigenista de todos os tempos. De igual importância foi também a realização da Mobilização Nacional Indígena, organizada pela APIB, durante os dias 30 de setembro a 05 de outubro de 2013. As manifestações ocorreram em diferentes locais do país, representando a maior mobilização indígena da

história recente. Em resumo, se outrora a batalha era pela consolidação de direitos, agora, é para garanti-los.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Agroestratégias e desterritorialização: direitos territoriais e étnicos na mira dos estrategistas dos agronegócios**. In: Capitalismo globalizado e recursos territoriais: fronteiras da acumulação no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Lamparina, 2010, pp. 101 – 143.

BARTOLOMÉ, Miguel Alberto. **As etnogêneses: velhos atores e novos papéis**. In: Mana 12(1): 39-68, 2006.

BITTENCOURT, Libertad Borges. **A formação de um campo político na América Latina: as organizações indígenas no Brasil**. Goiânia: Editora da UFG, 2007.

BONFIL BATALLA, Guillermo. **Las nuevas organizaciones indígenas (hipotesis para la formulación de un modelo analítico)**. In: Journal de la Société des Américanistes. Tome 65, 1978. pp. 209-219.

BORGES, Paulo H. Porto. **O movimento indígena no Brasil: histórico e desafios**. Disponível em: <http://www.nepi.fag.edu.br/arquivos/movimentoindigena.pdf>. Acesso em: 27 set. 2012.

CAPIBERIBE, Artionka; BONILLA, Oiara. **O rolo compressor ruralista**. Disponível em: < http://www.brasildefato.com.br/node/26920>. Acesso em: 10 jan. 2014.

CASTELLS, M. **Pode da Identidade: a Era da Informação – Economia, Sociedade e Cultura** - V. 2 – São Paulo: Editora: Paz e Terra, 1999.

CAVALCANTE, Olendina de Carvalho. **Movimento indígena: notas para uma discussão**. In: Textos e Debates, v. 1, n. 2, 1996, p. 20-26.

FERREIRA, Andrey Cordeiro. **Desigualdade e diversidade no Brasil dos 500 anos: etnografia da conferência e marcha indígena**. In: LIMA, Roberto Kant de (org). Antropologia e direitos humanos, 5. Brasília, Rio de Janeiro: ABA, Booklink, 2008.

GONH, Maria da Glória. **Teorias dos movimentos sociais. Paradigmas clássicos e contemporâneos**. São Paulo: Loyola, 2000.

HECK, Egon; NAVARRO, Cristiano. **Acampamento Terra Livre**. 20/06/2004. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/index.php?system=news&action=read&id=314>. Acesso em 28 nov. 2012.

LÓPEZ-GARCÉS, Claudia Leonor. **A questão indígena na Colômbia: movimentos indígenas, políticas indigenistas e conflito armado**. In: I Reunião de Estudos: Ascensão

de Movimentos Indigenistas na América do Sul e Possíveis Reflexos para o Brasil. Brasília: Gabinete de Segurança Institucional; Secretaria de Acompanhamento e Estudos Institucionais, 2004.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre povos indígenas no Brasil de hoje.** Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

ORTOLAN MATOS, Maria Helena. **Rumos do movimento indígena no Brasil contemporâneo: experiências exemplares no Vale do Javari**. 2006. 259 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Departamento de Antropologia. UNICAMP, Campinas.

PACHECO DE OLIVEIRA, João. **Cerco Articulado**. In: Jornal O Estadão, São Paulo, 08 de junho de 2013.

PINTO, Paulo Grabriel Hilu da Rocha. **Grupos étnicos e etnicidade**: In: Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro/Brasília: Contracapa/Laced/ABA, 2012.

RICARDO, Carlos. **Quem fala em nome dos índios?** In: Povos Indígenas do Brasil 1987/88/89/90. São Paulo: CEDI, 1991, pp. 69-72.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos. **Os povos indígenas na invenção do Brasil: na luta pela construção do respeito à pluralidade**. In: Carlos Lessa. (Org.). Enciclopédia da brasilidade: auto-estima em verde amarelo. 1a ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra Produção Editorial, 2005, p. 218-231.

O TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO E RESTRITIVO DESTINADO AOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 72/2013

Discriminatory and restrictive treatment for domestic employees and constitutional amendment number 72/2013

Mirian Andrade Santos[1]
Waleska Cariola Viana[2]

RESUMO

Nos idos dos tempos o trabalho recebe conceituações diversas. Partindo das Escrituras Sagradas, muitos interpretam o trabalho como um castigo divino, posto que tenha origem em uma desobediência cometida por Adão e Eva. Em outra interpretação, também no Texto Sagrado, o trabalho é reconhecido como vital para o ser humano, pois este é dependente daquele para garantia da vida já que não conta mais com um ser soberano que lhe garanta a subsistência. Isto é, o ser humano precisa ter garantido o direito ao trabalho para garantir sua sobrevivência. Por outro lado, ao longo da evolução do mundo, foi o trabalho adquirindo importância, posto que reconhecido como uma garantia de uma vivência digna em sociedade ou uma necessidade para uma vida sadia. Neste texto nos preocupamos em questionar o tratamento discriminatório e restritivo de direitos destinados aos empregados domésticos na redação originária da Constituição Federal de 1988. Para tanto, discorremos sobre as contradições que havia na Carta Magna, a qual consagra o trabalho como direito social, portanto, inviolável, e a contradição que o texto revelava já que pugna pela igualdade, vedando todas as formas de discriminação e não obstante restringia direitos trabalhistas dessa classe trabalhadora minoritária. Destarte, entendemos que a revisão constitucional, trazida por recente Emenda Constitucional, se impôs como forma de resgatar injustiças gritantes contidas no texto originário.

Palavras-Chave: Direito ao Trabalho. Empregado doméstico. Direito do Trabalho. Direitos trabalhistas. Tratamento discriminatório e restritivo. Princípio da igualdade.

[1] Mestranda em Direitos Humanos Fundamentais pelo Centro Universitário FIEO (UNIFIEO) de Osasco. Bolsista CAPES-PROSUP. Especialista em Direito da Seguridade Social pela LEGALE. Especialista em Docência de Ensino Superior pela *FOCCUS* Educacional em convênio com a FALC. Professora Universitária. Advogada.
2 Mestranda em Direitos Humanos Fundamentais pelo Centro Universitário FIEO (UNIFIEO) de Osasco. Bolsista CAPES-PROSUP. Especialista em Direito Civil-Empresarial e Processo Civil pela Faculdade Damásio de Jesus. Graduada pela UNIFMU. Professora Universitária. Advogada.

ABSTRACT

Work has received different concepts since ancient times. Let us take the Holy Scriptures, where work was considered by many as a kind of punishment that was originated in Adam's and Eve's disobedience, in another interpretation, also in the Sacred Text, work is recognized as vital to human being, since they no longer count on a sovereign that guarantees their subsistence. That is, the human being must have guaranteed the right to work to ensure their survival. On the other hand, throughout the evolution of the world, work was gaining importance, since it was recognized as a guarantee of a decent living in a society or need for a healthy life. In this text we made sure to bring into question the discriminatory and restrictive treatment of rights given to domestic servants in the original Constitution Text of 1988. In order to do that, we talk about the contradictions in the Constitution, which establishes work as a social right, that is, inviolable, and the contradiction that reveals the text as it strives for equality, thus prohibiting all forms of discrimination and yet restricts labor rights for that working-class minority. So, we believe that, the constitutional review brought by the recent Constitutional Amendment was imposed as a way of rescuing injustice contained in the original text.

Keywords: Right to Work. Domestic Servant. Labor law. Labor rights. Discriminatory and restrictive treatment. Principle of equality.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Direito ao Trabalho. 2. Conceito de empregado e de empregado doméstico. 3. Empregado doméstico: uma minoria no ordenamento jurídico brasileiro e a Emenda Constitucional n. 72/2013. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A história do trabalho humano é marcada por insofismável violação de direitos em decorrência do não reconhecimento da pessoa do trabalhador e por ter o trabalho conotação desprezível, eis que outrora o trabalho era tão somente destinado aos escravos. Nesse contexto, travaram-se inúmeras guerras e batalhas para o reconhecimento do trabalho como direito, com a devida proteção estatal consubstanciada nos direitos trabalhistas que passaram a valorizar o trabalho e a pessoa do trabalhador.

Assim, encontramos na Constituição da República Federativa do Brasil proteção ímpar destinada à pessoa humana, bem como a elevação do trabalho como direito social. É certo que, de forma a valorizar o trabalho humano, a Carta Magna estabeleceu como um dos seus fundamentos "*os valores sociais do trabalho"* (CF, art. 1º, inciso IV), bem como, ao disciplinar a ordem econômica brasileira, o legislador constituinte se preocupou em elencar

como um dos seus fundamentos "*a valorização do trabalho humano com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna"* (CF, art. 170, *caput*).

Portanto, por garantia constitucional, temos o trabalho como direito fundamental social que tem o condão de propiciar a todos uma vivência digna em sociedade o que se coaduna com o princípio da "*dignidade da pessoa humana"* insculpido *no* artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Neste diapasão, podemos afirmar que todos os brasileiros ou, no Brasil, todo ser humano tem direito de acesso ao trabalho digno com direitos trabalhistas assegurados de forma igualitária.

Há de se ressaltar ainda que a Carta Magna estabelece como um dos objetivos da República Brasileira, "*a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"* (CF, art. 3º, inciso IV).

Desta forma, com base nos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil restou garantido o direito à *igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º, caput)*.

Ocorre que, de forma incongruente, ao examinarmos a dicção do texto constitucional originário de 1988, por meio de uma interpretação lógico-sistemática, é possível encontrarmos normas contraditórias e restritivas de direitos trabalhistas a uma classe de trabalhadores, a saber, os empregados domésticos.

Denota-se, sem dúvidas, a contradição existente na Carta Magna que pugna por uma sociedade justa e igualitária, mas que ao mesmo tempo mostrava-se censurável, tendo em vista a limitação de direitos destinados àquela classe de trabalhadores.

Na verdade, os empregados domésticos podem ser considerados como integrantes de uma minoria (de trabalhadores) vez que foram excluídos, na redação originária da Constituição de 1988, de perceberem a totalidade dos benefícios e direitos que o texto constitucional propicia aos trabalhadores em geral. Quando falamos em minorias estamos nos referindo a um grupo de pessoas, constituído de hipossuficientes, porquanto excluído ou desprotegido, em vários aspectos e ângulos, da proteção do princípio constitucional da igualdade e, consequentemente, impossibilitado de exercer direitos que a todos, de igual categoria, são assegurados pelo texto constitucional.[3]

Com efeito, no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro, essa categoria de trabalhadores não atingiu a totalidade dos direitos trabalhistas destinados aos demais trabalhadores, de um lado. De outro, não se pode colocar em dúvida que a categoria de empregados domésticos, ante a legislação vigente com base na Constituição

3 Conforme lição de Carmen Lúcia Antunes ROCHA (in Ação Afirmativa – o conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica, Revista Trimestral de Direito Público, nº 15, 1996) "não se toma a expressão minoria no sentido qualitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detêm o poder [...] em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade; a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa menor número de pessoas".

originária e legislação regulamentadora, mantinha ainda uma conotação de servidão, relembrando o período escravocrata, em que principalmente as mulheres, mucamas, serviam aos senhores cuidando da limpeza de suas casas, da alimentação, entre outras atribuições. Em outras palavras, os empregados domésticos carregaram sobre si resquícios da escravidão.

Que razões levaram os constituintes a manter na Constituição de 1988 tal situação, considerando-se que a nova Carta Magna surgiu em oposição ao período anterior, de restrição de direitos, tendo os constituintes se comprometido a construir um Estado de Direito Democrático, fundado no valor universal da dignidade da pessoa humana e em princípios também fundamentais quais sejam a igualdade e a liberdade dos seres humanos em geral? Por que mantiveram os constituintes de 1988 tais discrepâncias no texto legal constitucional, já existentes nos textos constitucionais anteriores? Será que o legislador constituinte poderia restringir os direitos trabalhistas constitucionalmente admitidos em relação a apenas determinada classe de trabalhadores? Ou será que pela consagração do direito ao trabalho como direito social fundamental, que tem o condão de propiciar uma vida digna a qualquer do povo, ao legislador constituinte ficaria vedada qualquer forma de supressão de direitos trabalhistas?

Assim, a proposta do presente artigo é trazer uma reflexão sobre o tratamento discriminatório e restritivo destinado aos empregados domésticos na Constituição originária e as tendências ou soluções para corrigir esse *status quo*. Para tanto, o estudo será dividido em três partes.

Na primeira parte trataremos do direito ao trabalho como direito que cada pessoa humana tem de ter um trabalho (de livre escolha e igualmente protegido). Nesse passo será necessário examinar a evolução do conceito de trabalho na história e o porquê da consagração adotada pela Constituição Brasileira ao elevar o trabalho como direito social fundamental.

Na segunda parte conceituaremos empregado e empregado doméstico, sendo este uma espécie daquele e na sequência será examinada a categorização do empregado doméstico como uma minoria no nosso ordenamento jurídico.

E, na última parte, trataremos da Emenda Constitucional no. 72, de 02 de abril de 2013, que alterou significativamente os direitos constitucionais do empregado doméstico, a qual se trata de uma grande conquista, mas que ainda não supre todas as necessidades para atingir a igualdade entre estes trabalhadores e os demais trabalhadores brasileiros, vez que vários direitos reconhecidos estão pendentes de regulamentação.

Enfim, buscamos analisar se, sob o aspecto teórico e filosófico, deve se manter tratamento diferenciado a esta classe trabalhadora em razão dos seus próprios elementos

caracterizadores (a finalidade não lucrativa e o serviço prestado no âmbito residencial) ou se deve ser dispensada a esta minoria a igualdade de direitos trabalhistas de forma a eliminar todo e qualquer resquício que remonte ao período da escravatura.

1. DIREITO AO TRABALHO

Primeiramente, é importante esclarecer a denominação por nós adotada para o presente título. Ao intitularmos "direito ao trabalho" nos referimos ao direito que cada pessoa tem de ter um trabalho. Assim, não estamos fazendo referência ao Direito do Trabalho como um dos ramos das ciências jurídicas, não obstante este, por necessidade material, vir a ser apontado em algum momento no presente estudo. Todavia, ressalte-se que neste primeiro momento enfatizaremos o trabalho como um direito.

A palavra direito é polissêmica, pois não se resume a um conceito único, existindo diversos entendimentos e posições doutrinárias a respeito. Miguel Reale traça o seguinte conceito para Direito:

> "Direito" significa, por conseguinte, tanto o ordenamento jurídico, ou seja, o sistema de normas ou regras jurídicas que traça aos homens determinadas formas de comportamento, conferindo-lhes possibilidades de agir, como o tipo de ciência que o estuda, a Ciência do Direito ou Jurisprudência. [4]

João Mendes de Almeida Junior discorre:

> Nós concebemos o direito como atributo da pessoa, como fenômeno na vida social, como norma de agir ou lei.
> Como atributo da pessoa, o direito é a faculdade de agir moralmente inviolável. Neste sentido chama-se Direito subjetivo porque é considerado como "atributo de um sujeito" - que é pessoa. (...) Como fenômeno, isto é, tal como nos aparece no mundo sensível, o direito é uma relação da vida social. Nesse sentido, chama-se Direito objetivo material (...). O direito é concebido também sob um terceiro aspecto, isto é, como norma de agir ou lei. Todos os efeitos dos títulos de direito são reconhecidos e definidos pela soberania nacional, por meio da lei. E o chamado Direito objetivo formal, porque, nesse sentido, o direito é objeto da nossa percepção como forma genérica e obrigatória da ordem social [5]

Desta forma, por meio de um olhar voltado para a seara normativa ou para o positivismo jurídico, podemos dizer que direito é o conjunto de normas jurídicas que disciplina a vivência em sociedade de forma a garantir o exercício de certas ações, relações

[4] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** *27* ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 62.
[5] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. **Direito Judiciário brasileiro.** Freitas Bastos, 1940, p. 2 e ss *apud* MONTORO, André Franco. **Introdução á ciência do direito.** 30ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 78-79.

e atribuições. Assim, dentro do ordenamento jurídico brasileiro encontramos o trabalho como um direito amparado pelas normas jurídicas.

Mas, o que vem a ser trabalho?

No sentido literal, o trabalho é caracterizado por toda e qualquer atividade que exige o dispêndio, pelo ser humano, de força física ou intelectual, importando uma ação e reação. A ação consiste no emprego da força e a reação consiste na retribuição que se terá pela ação exercida.

Aurélio Buarque de Holanda, estudioso da Língua Portuguesa, traça o seguinte conceito para trabalho: "(...). 1. Aplicação das forças e faculdades humanas para alcançar um determinado fim. 2. Atividade coordenada, de caráter físico e/ou intelectual, necessário à realização de qualquer tarefa, serviço ou empreendimento. (...)" [6].

De acordo com a filosofia, trabalho é:

> (...) Atividade cujo fim é utilizar as coisas naturais ou modificar o ambiente e satisfazer às necessidades humanas. Por isso, o conceito de Trabalho implica: 1) *dependência* do homem em relação à natureza, no que se refere à sua vida e aos seus interesses: isso constitui a *necessidade,* num de seus *sentidos* (v.); [7]

Arnaldo Süssekind discorre:

> Toda energia humana, física ou intelectual, empregada com um fim produtivo, constitui trabalho. Mesmo na mais remota antiguidade, o homem sempre trabalhou: na fase inicial da pré-história, com o objetivo de alimenta-ser, defender-se e abrigar-se do frio e das intempéries; no período paleolítico, ele produziu lanças, machados e outros instrumentos, com os quais ampliou sua capacidade de defesa e sua instintiva agressividade. [8]

É importante ressaltar que a forma de trabalho que nos motiva no presente estudo é aquela prestada a um empregador ou a um contratante que em contrapartida faz nascer uma remuneração, isto é, falamos em trabalho como um meio garantidor da subsistência própria e familiar da pessoa humana que utiliza sua força física ou intelectual para outrem que, em troca, efetua o pagamento pelo serviço prestado.

Nota-se que em algumas passagens bíblicas, o trabalho tem a conotação de castigo divino, posto decorrer da desobediência cometida por Adão e Eva. Estes eram possuidores do chamado Jardim do Éden, onde viviam em contato com os animais e a natureza da qual

[6] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio século XXI escolar: o minidicionário da língua portuguesa**, 4 ed. rev. Ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 679.
[7] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti, 5ª ed. Rio São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 964.
[8] SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**, 4ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.3.

se alimentavam e eram cuidados e vigiados pelo criador Deus. Ocorre que, pela inobservância de uma das regras estabelecidas, Adão e Eva perderam a posse do referido Jardim, tendo Deus ordenado que deveriam lavrar a terra para garantia do seu sustento, ou seja, o homem deveria trabalhar para sustento próprio e familiar.

Já no novo testamento, na segunda carta de Paulo aos Tessalonicenses[9], o trabalho passa a ser considerado como vital para o ser humano, pois este é dependente daquele para garantia da vida.

Portanto, no correr dos tempos, a evolução do termo levou, sem dúvida, à descaracterização da noção de castigo para uma noção mais dignificante, qual seja, a que prestigia o trabalho como necessário à subsistência e à vida do ser humano.

Assim, já desde eras primitivas, tem-se como assente que o ser humano precisa do trabalho para garantir sua sobrevivência e uma vida saudável.

É certo que, outrora, na chamada "sociedade pré-industrial" não se vislumbrava o trabalho como direito. O trabalho não constituía algo que dignificasse o ser humano. Na verdade, o trabalho consistia em atividade destinada ao escravo, que não dispunha de qualquer proteção e garantia, conforme discorre Amauri Mascaro Nascimento:

> Na sociedade pré-industrial não há um sistema de normas jurídicas do direito do trabalho. Predominou a escravidão, que fez do trabalhador simplesmente uma coisa, sem possibilidade sequer de se equiparar a sujeito de direito. O escravo não tinha, por sua condição, direitos trabalhistas. [10]

André Horta Moreno Veneziano explana quanto à história do trabalho humano:

> A história do trabalho humano é uma história de terror. Na escravidão e na servidão, o trabalho e trabalhadores tinham pouco valor e, consequentemente, não havia normas jurídicas reguladoras dessas relações. O escravo está preso à corrente, e o servo, à terra. [11]

Assim, a história do trabalho humano é marcada por anacronismos pelo não reconhecimento do trabalho como direito e pela não valorização da pessoa do trabalhador.

[9] "Quando ainda estávamos com vocês, nós lhes ordenamos isto: Se alguém não quiser trabalhar, também não coma. Pois, ouvimos que alguns de vocês estão ociosos; não trabalham, mas andam se intrometendo na vida alheia. A tais pessoas ordenamos e exortamos no Senhor Jesus Cristo que trabalhem tranquilamente e comam o seu próprio pão. Quanto a vocês irmãos, nunca cansem de fazer o bem" *in* Bíblia Sagrada: nova versão internacional. Traduzido pela comissão de tradução da Sociedade Bíblica Internacional. São Paulo: Ed. Vida, 2000, p. 950.

[10] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2001, p.38.

[11] VENEZIANO, André Horta M. **Direito e processo do trabalho, 6**. Coordenação geral Fábio Vieira Figueiredo, Fernando Ferreira Castellani, Marcelo Tadeu Cometti. – 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção OAB nacional. Primeira fase), p.2.

É certo que este cenário foi se modificando, sendo que por volta do século XVI surgem os pequenos comerciantes, artesãos e corporações de ofício que tomavam a mão de obra dos trabalhadores e aqueles que exerciam o ofício de aprendiz e, em contraprestação efetuava-lhes o pagamento. O século XVIII representa, com a eclosão da Revolução Industrial, o marco que modifica o cenário trabalhista. Com o surgimento das máquinas, os trabalhadores passam a lutar por proteção laboral, sendo que no final do século XIX, por meio de projeto de lei proposto pelo Chanceler Otto Von Bismarck, foi aprovada na Alemanha a primeira norma a se preocupar com a integridade física do trabalhador (*Krankenversicherung*), a qual, conforme entendimento firmado por Thiago Barros de Siqueira "*teve por mérito a introdução de seguro-doença direcionado a prover a segurança econômica às classes trabalhadoras"*[12]*,* neste contexto vai nascendo a ideia da dignidade do trabalho que passa a exigir o amparo e a proteção da pessoa do trabalhador, por intermédio da garantia de direitos trabalhistas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada no contexto do final do Século XX, na esteira dos movimentos em prol do direito ao trabalho deu especial atenção à matéria[13]. Assim, no artigo 1º, inciso IV, reconhecendo a importância do trabalho para garantia da subsistência do ser humano, elencou como um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro "*os valores sociais do trabalho",* superando, assim, o cenário no qual o trabalho era considerado como sanção e não como um direito.

Ainda, na mesma esteira, resguardando o direito ao trabalho, categoriza-o o legislador constituinte em seu artigo 6º consagrando-o com um direito social ao estabelecer: *"*São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."[14]

José Afonso da Silva conceitua direitos sociais como:

> (...) dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam com direito de

[12] SIQUEIRA, Thiago Barros de. **A proteção da idade avançada no Regime Geral de Previdência Social.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 29.

[13] Segundo Túlio Augusto Tayano Afonso: "(...) a Constituição de 1934, que depois da Constituição de 1988, foi a Constituição que mais marcou o assunto, uma vez que foi o primeiro texto constitucional a incorporar os ditos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Também estudaremos a Constituição de 1937, que foi quem realmente instituiu o corporativismo em nosso País, passando posteriormente a verificar a Constituição de 1946. Em seguida vieram a Constituição de 1967 e sua emenda de 1969 que trouxeram algumas modificações no que diz respeito a ordem econômica. E, por fim, desaguaremos na Constituição de 1988, onde veremos o trabalho inserido no art. 170, que é o artigo que rege a ordem jurídica econômica constitucional". **A evolução constitucional do trabalho na ordem econômica jurídica brasileira**. http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/tulio_augusto_tayano_afonso.pdf

[14] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 17 jun. 2013.

> igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, na media em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real – o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. [15]

É certo que, os direitos sociais são indiscutivelmente indispensáveis para a vivência em sociedade e alicerçam os fundamentos de um Estado democrático e, no contexto que analisamos, retratam um processo histórico moroso de lutas e batalhas para ser plenamente regulamentados pelo Estado. Nesse sentido Anna Candida da Cunha Ferraz discorre:

> Somente no início do Século XX, particularmente após as grandes guerras mundiais, a revolução industrial e outros fatores, vão as constituições abrigarem não apenas as liberdades públicas ou os direitos negativos, já então despidos de sua conotação ideológica originária, também os direitos à prestações positivas do Estado – os chamados direitos econômicos, sociais e culturais reunidos usualmente pela doutrina como 'direitos sociais', que instrumentalizam o exercício dos direitos individuais e que demanda do Estado não apenas o reconhecimento mas também a atuação positiva do Estado na elaboração de políticas públicas, criação de mecanismos e tomada de medidas efetivas para disponibilizar o exercício de direitos a todos os seres humanos. (...). Já no último quartel do Século XX, tende a desaparecer na normação positiva de direitos referências ao rótulo "direitos individuais ou liberdades públicas' que dá lugar à utilização da expressão 'direitos fundamentais', inseridas nas declarações contemporâneas com o significado de direitos da pessoa humana positivados numa Constituição. [16]

Desta forma, vale destacar que o direito ao trabalho é um verdadeiro direito social fundamental que tem o condão de proporcionar uma vivência digna na sociedade, devendo ser garantido e assegurado pelo Estado, não podendo em hipótese alguma ser suprimido por se tratar de direito inalienável e insuscetível de supressão ou modificações supressoras. Tem sua garantia consagrada na cláusula pétrea contida na Constituição de 1988, artigo 60, parágrafo 4º., inciso IV[17].

Cabe ainda referir que nesse contexto, a Ordem Econômica brasileira, prevista no artigo 170 da Carta Magna, tem como um dos seus fundamentos *a "valorização do trabalho humano com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna"*. A Ordem Econômica compreende "*(...) o tratamento jurídico disciplinado pela Constituição para a condução da*

[15] SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição***, 8ª ed.,* atual., até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011, São Paulo: Malheiros, 2012, p.186 e 187.

[16]FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. **In** BITTAR, Eduardo C. B. Bittar e FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.) **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: EDIFIEO, 2006, p. 119.

17 "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 17 jun. 2013.

viça econômica da nação, limitando e delineado pelas formas estabelecidas na própria Lei Maior para legitimar a intervenção do Estado no domínio privado econômico" [18].

Desta forma, por meio de uma interpretação estrita extrai-se que a intenção do legislador constituinte é enaltecer e assegurar as peculiaridades do trabalho humano para fins de resguardar a todos uma vivência digna. Em outras palavras, viver com qualidade de vida, isto é, com alegria, paz, tranquilidade, alimentação, moradia, entre outros direitos. Cabe lembrar que os dois últimos estão explicitamente classificados no artigo 6º como direitos sociais e os demais, por sua vez, estão implicitamente inseridos tanto nos direitos sociais quanto nos direitos fundamentais de um modo geral.

É certo que o cidadão que tem garantido o direito ao trabalho, ou seja, o cidadão que tem um trabalho consegue atingir a dimensão de uma vivência digna, o que nos remonta a mais um dos fundamentos da nossa República, qual seja, "a dignidade da pessoa humana".

Assim, é importante destacar que "O acesso ao trabalho talvez seja o direito social que mais contribua para a elevação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), já que fomenta a socialização do homem com seus pares, refina suas aptidões e vocações e propicia grande evolução pessoal e espiritual ao ser humano." [19]

Quanto à dignidade da pessoa humana, José Afonso da Silva discorre:

> (...) a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano (...). A Constituição, reconhecendo sua existência e sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. (...) a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. [20]

Nesse contexto depreende-se que a preocupação da Constituição Federal de 1988 é extirpar do ordenamento jurídico brasileiro qualquer forma de trabalho que atinja a dignidade da pessoa humana. Portanto, não basta ter garantido o direito ao trabalho; é preciso garantir ao cidadão um trabalho digno. Veda-se, então, todas as formas de trabalho análogo a condição de escravidão e/ou servidão.

---

[18] FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito econômico**, São Paulo: MP, 2006, p. 30.
[19] TREVISAM, Elisaide; MONTEIRO, Juliano Ralo. **Direitos sociais e o desafio do trabalho análogo a condição de escravo no Brasil contemporâneo.** Revista de Pós-graduação UNIFIEO. Disponível em: http://pt.scribd.com/doc/92019371/DIREITOS-SOCIAIS-E-O-DESAFIO-DO-TRABALHO-ANALOGO-A-CONDICAO-DE-ESCRAVO. Acesso em 06/04/2014.
[20] SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição***, 8ª ed.,* atual., até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011, São Paulo: Malheiros, 2012, p.40.

Rafael da Silva Marques assevera:

> (...) o trabalho a que se refere à Carta de 1988 não é apenas aquele fruto da relação de emprego, senão toda forma de trabalho, que gere riqueza não só para quem o presta, mas para a sociedade em geral. O trabalho não é apenas um elemento de produção. É bem mais do que isso. É algo que valoriza o ser humano e lhe traz dignidade, além, é claro, do sustento. É por isso que deve ser visto, antes de tudo, como um elemento ligado de forma umbilical à dignidade da pessoa humana. [21]

Há de se ressaltar que, o legislador constituinte, dando continuidade ao reconhecimento do trabalho como um direito social fundamental estabelece no art. 193 que "*A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais"* [22]*.* Assim, temos a proteção dispensada pela Carta ao trabalho elencando-o como eixo estrutural da ordem social.

Nesse sentido, José Afonso da Silva discorre:

> (...) Ter como base o primado do trabalho significa pôr o trabalho acima de qualquer outro fator econômico, por se entender que nele o homem se realiza com dignidade. Ter como objetivo o bem-estar e a justiça sociais quer dizer que as relações econômicas e sociais do país, para gerarem o bem-estar, hão de propiciar trabalho e condição de vida, material, espiritual e intelectual, adequada ao trabalhador e sua família, e que a riqueza produzida no país, para gerar justiça social, há de ser equanimemente distribuída. Neste particular, a ordem social harmoniza-se com a ordem econômica (...) [23]

Desta forma, é possível afirmar que o papel do Estado, devidamente delimitado na Carta Magna, é garantir meios para efetivação do direito ao trabalho digno por ser este fundamento e base da ordem econômica e social respectivamente. Isto porque, como afirmamos, além, de se tratar de um direito fundamental essencial para a sobrevivência do ser humano, constitui um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito.

2. CONCEITO DE EMPREGADO E DE EMPREGADO DOMÉSTICO

Antes de tecermos as diferenças existentes entre as figuras do empregado e do empregado doméstico é importante destacar que aquele se trata do gênero do qual este é

[21] MARQUES, Rafael Silva. **Valor Social do Trabalho na Ordem Econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTR, 2007, p.111.
[22] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 04 set. 2012.
[23] SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, 8ª ed., atual., até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011, São Paulo: Malheiros, 2012, p.772.

uma espécie. Portanto, já encontramos um parâmetro de restrição de direitos trabalhistas, tendo em vista a existência de um desdobramento de um gênero, ou seja, uma espécie de empregado com peculiaridades próprias e limitações de direitos trabalhistas.

Encontramos o conceito de empregado na Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, artigo 3º *caput* que dispõe: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário."[24]

Do citado texto legal extraímos alguns elementos caracterizadores da figura do empregado. Em primeiro lugar temos que o empregado é pessoa física, pois, não se admite pessoa jurídica como empregado. Em um segundo momento, a exigência legal é que seja a pessoa física que presta o serviço; presente, portanto, o caráter personalíssimo para a qualificação do empregado. Prossegue o legislador estabelecendo mais uma exigência, a saber, que o serviço prestado ao empregador não seja eventual. Assim, extraímos dessa norma que o serviço prestado deve ser duradouro, isto é, constante. Encontramos ainda, outro elemento que caracteriza legalmente o empregado: a relação de dependência necessária entre empregador e empregado: assim o empregado está sob dependência do empregador por existir uma relação hierárquica, ou seja, o empregado recebe ordens quanto à execução dos serviços prestados, perfazendo assim uma relação de sujeição ou subordinação. Por fim, o último elemento que extraímos é o salário; pelo serviço prestado o empregado recebe uma retribuição ou remuneração.

Encontramos o conceito de empregado doméstico na Lei nº 5859, de 11 de dezembro de 1972, que dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências, cujo artigo 1º dispõe: "Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei."[25]

Pela leitura do texto legal é possível extrairmos os liames existentes entre o empregado e empregado doméstico, vez que, entre ambos, estão presentes elementos caracterizadores da figura do empregado, quais sejam, a prestação de serviços de natureza continua (extirpando-se assim o trabalho eventual), a pessoalidade e a relação de dependência e subordinação.

Quanto aos elementos próprios para a caracterização do empregado doméstico temos a exigência de prestação de serviços de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas. Isto é, o serviço prestado não tem caráter gerador de lucro, pois se resume âmbito familiar e residencial. Assim, as tarefas executadas pelo empregado

[24] BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 03 dez. 2013.
[25] BRASIL. **Lei nº 5859, de 11 de dezembro de 1972**. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5859.htm. Acesso em: 03 dez. 2013.

doméstico não terão o objetivo de propiciar aumento direto de riquezas da família, não tendo caráter produtivo.

Aqui encontramos os fundamentos que são utilizados para subsidiar a restrição de direitos quais sejam: a finalidade não lucrativa e o serviço prestado no âmbito residencial. Contudo, ressalte-se, que em nosso entender tais argumentos não têm o condão de justificar ou neutralizar o tratamento discriminatório destinado a esta classe trabalhadora minoritária, por ofensa aos ideais de um Estado democrático, seja por ferir brutalmente a dignidade da pessoa do trabalhador doméstico seja, por refletir, ainda nos dias que correm, o pensamento escravagista, isto é, um tratamento mesquinho e usurpador de direitos.

3. EMPREGADO DOMÉSTICO: UMA MINORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 72/2013

É certo que até o dia 02 de abril de 2013, quando publicada a Emenda Constitucional no. 72 havia no próprio texto constitucional, tratamento diferenciado destinado aos empregados domésticos, o que nos leva a considerar esta classe de trabalhadores como uma minoria no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas, por que consideramos os empregados domésticos como minoria? Responderemos a este questionamento partindo do próprio conceito adotado do termo minorias.

Aurélio Buarque de Holanda conceituou o termo minoria, além da inferioridade numérica, da seguinte forma: "(...). 3. Antrop. Sociol. Subgrupo que, dentro de uma sociedade, se considera e/ou é considerado diferente do grupo dominante, e que não participa, em igualdade de condições, da vida social." [26]. Ora quando tratamos do empregado doméstico como minoria, estamos tratando não do aspecto numérico que contém o conceito de minorias, mas do aspecto qualitativo que envolve o conceito de minorias em sua maior dimensão, qual seja a exclusão desses trabalhadores do exercício pleno dos direitos trabalhistas

Na verdade, destacamos ser os empregados domésticos uma classe minoritária porque, como se disse, ela não atingiu a totalidade dos direitos trabalhistas destinados aos demais trabalhadores. Também se pode vislumbrar tratar-se de classe minoritária pela origem, já que essa categoria, tem em nosso entender, uma forte conotação de servidão, herdada da época em que muitas mulheres, como mucamas serviam aos senhores cuidando da limpeza de suas casas, da alimentação, entre outras atribuições, o que leva a admitir tratar-se de uma classe, sob vários aspectos, excluída do natural convívio social. Em

[26] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Miniaurélio século XXI escolar: o minidicionário da língua portuguesa**, 4 ed. rev. Ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 464.

outras palavras, os empregados domésticos carregam sobre si resquícios da escravidão. Portanto, são trabalhadores que precisam do reconhecimento da sociedade para que possam exercer o direito ao trabalho digno sem qualquer forma de discriminação e/ou restrição, ou até mesmo, para que possam exercer o direito à cidadania sem sentimento de inferioridade.

Nesse contexto discriminatório de direitos, seguindo as Constituições anteriores, a Constituição Federal de 1988 estabelecia de forma explícita, no parágrafo único do artigo 7º[27], restrição de direitos aos empregados domésticos, eis que direcionava para esta classe trabalhadora apenas dez direitos trabalhistas dos trinta e quatro assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais, com garantia apenas dos direitos constantes dos incisos IV (salário mínimo), VI (irredutibilidade do salário), VIII (décimo terceiro salário), XV (repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos), XVII (gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal), XVIII (licença à gestante), XIX (licença-paternidade), XXI (aviso prévio), XXIV (aposentadoria), bem como integração a previdência social.

Desta forma, para melhor identificarmos o tímido progresso dos direitos trabalhista destinados aos empregados domésticos, faremos um pequeno retrospecto, citando a edição de duas leis pós Constituição Federal de 1988 que marcaram um avanço nos direitos dos empregados domésticos, porém de forma tendenciosa para mascarar o reconhecido tratamento restritivo.

A Lei nº 10.208, de 23 de março de 2001 que acresce dispositivos à Lei nº 5859, de 11 de dezembro de 1972, dispõe sobre a profissão de empregado doméstico para facultar o

[27] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (...) II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; IV - salário mínimo (...); V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VI - irredutibilidade do salário (...); VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo (...); VIII - décimo terceiro salário (...); IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X - proteção do salário na forma da lei (...); XI - participação nos lucros, ou resultados (...); XII - salário-família (...); XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (...); XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário (...); XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XVIII - licença à gestante (...); XIX - licença-paternidade (...); XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXI - aviso prévio (...); XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; XXIV - aposentadoria; XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho (...) XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho (...) XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso."BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 dez. 2013.

acesso ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e ao seguro-desemprego. Ocorre que o tratamento discriminatório estabelecido pelo legislador, foi mais uma vez mantido com a edição desta lei, eis que tal lei serviu tão somente para mascarar a tutela deste direito, pois a outorga do FGTS foi apenas assegurada em sentido facultativo, cabendo aos empregadores decidir se davam ou não esse benefício ao empregado doméstico. Assim, após a citada Lei poucos empregadores domésticos aderem ao FGTS e ao seguro-desemprego, sendo certo que estes, mesmo com a Emenda Constitucional nº 72 de 2013, ainda precisam de regulamentação.

Outro avanço significativo nos direitos dos empregados domésticos ocorreu em decorrência da Lei nº 11.324, de 19 de julho de 2006, que vedou a prática de descontos efetuados por parte do empregador doméstico pelo fornecimento de alimentação, vestuário, higiene e moradia ao empregado doméstico. Essa Lei também estabeleceu mudança no direito a férias anuais, extirpando uma restrição que os domésticos tinham relativamente aos empregados urbanos e rurais, posto que enquanto o empregado urbano ou rural usufruía 30 dias de férias anuais, o empregado doméstico contava com apenas 20 dias úteis de férias. Assim, por este diploma regulamentam-se de forma equitativa as férias dos empregados domésticos. Essa lei também vedou a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.

Nesse ínterim, não se pode olvidar o clamor desta classe minoritária e da sociedade de um modo geral quanto à unificação dos direitos trabalhistas, o que resultou na Emenda Constitucional n. 72, de 02 de abril de 2013[28], que conseguiu extirpar o explícito tratamento discriminatório dispensado a categoria do empregado doméstico em sua redação originária.

Passamos a analisar alguns posicionamentos dos senadores quanto à votação da PEC 66 de 2012, intitulada como “PEC das domésticas”, que resultou na citada Emenda, no que tange ao reconhecimento da discriminação existente quanto aos direitos dos empregados domésticos. Para o senador Pedro Simon se tratava do "último vestígio da escravatura que se tem no país", e para o senador Aécio Neves se reconheceu na proposta

[28] Emenda Constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013, que altera a redação do parágrafo único do artigo 7º. da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. “As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Artigo único. O parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:(...)
Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social." (NR) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc72.htm. Acesso em 06/04/2014.

o mérito de encarnar uma "verdadeira alforria" para quem presta serviços nos lares brasileiros. [29]

Para o senador Cristovão Buarque:

> [...] a aprovação da PEC das Domésticas (PEC 66/2012), apesar de ser um grande avanço, não equivale à abolição da escravatura. Na opinião do senador, a verdadeira abolição se dará no dia em que os filhos dos empregados domésticos puderem estudar nas mesmas escolas que os filhos dos patrões. [30]

Posicionamento do senador Romero Jucá Filho:

> Na próxima semana, estaremos votando o segundo turno, para, definitivamente, fazer justiça, fazer com que as trabalhadoras e os trabalhadores do Brasil que se dedicam, que trabalham, que cuidam das nossas casas, das nossas famílias, que, enfim, atuam junto aos nossos filhos, aos nossos netos, efetivamente possam ter o reconhecimento, possam ter, merecidamente, aliás, até com atraso, esse reconhecimento e essa igualdade. [31]

Para o senador Rodrigo Rollemberg:

> [...] a promulgação da Emenda Constitucional 72/2013, resultante da PEC das Domésticas (PEC 66/2012) é uma conquista de toda a população brasileira. Não foram só os empregados domésticos que comemoraram a mudança, disse o senador, mas todas as pessoas que lutam há anos por um Brasil mais justo e generoso. [32]

No entanto, falta a alguns direitos a regulamentação necessária, isto é, passado quase um ano da publicação da referida Emenda, ainda vários direitos reconhecidos estão pendentes de regulamentação[33], concluindo-se que ainda não se alcançou à plena igualdade

[29] BRASIL. Senado Federal. Disponível em: http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/03/13/pec-das-domesticas-e-vista-como-lei-aurea-moderna. Acesso em: 07 dez. 2013.

[30] BRASIL. Senado Federal. Disponível em:. http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/03/21/cristovam-verdadeira-libertacao-das-domesticas-vira-com-educacao . Acesso em: 07 dez. 2013.

[31] BRASIL. Senado Federal. Disponível em: http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/03/19/juca-aprovacao-de-pec-garante-igualdade-aos-trabalhadores-domesticos. Acesso em: 07 dez. 2013.

[32] BRASIL. Senado Federal. Disponível em: http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/04/03/rollemberg-emenda-das-domesticas-e-uma-vitoria-de-todo-o-brasil . Acesso em: 07 dez. 2013.

[33] São os seguintes direitos reconhecidos, mas ainda pendentes de regulamentação: “Artigo 7º.: (...): I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

de direitos trabalhistas. E, assim, pendente a regulamentação, não se pode deixar de constatar que o legislador não segue os ditames do mundo contemporâneo, mantendo discriminações indevidas, ferindo ou menosprezando o real significado dos princípios que devem reger um Estado Democrático de Direito.

Portanto, o empregado doméstico ainda encontra limitação de acesso ao trabalho digno, eis que ainda ausente legislação que regulamente os direitos conquistados. Padecem ainda com restrições em seus direitos trabalhistas. A acepção tomada para trabalho digno é aquela que dispensa igualdade de tratamento a todos. Aqui não se fala de trabalho indigno tão somente no sentido de servidão ou labor degradante, por exemplo, mas, também, no sentido de exclusão de direitos a uma classe trabalhadora minoritária, eis que os referidos elementos peculiares da caracterização do empregado doméstico, quais sejam, a prestação de serviços de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, não justificam o tratamento discriminatório quanto à atribuição de direitos, demonstrando atentado aos ideais de uma sociedade justa, livre e solidária.

CONCLUSÃO

Como explanado o direito ao trabalho se trata de um direito social. Assim, chegamos à conclusão que se traduz na importância do direito ao trabalho como meio garantidor da subsistência da pessoa humana diante da proteção e reconhecimento do trabalho na Constituição Federal de 1988 como fundamento e objetivo de um Estado Democrático através de sua Ordem Econômica e Social. É certo que a proteção constitucional destinada ao trabalho se traduz em extirpar toda e qualquer forma de trabalho que resplandeça a conotação de escravidão e servidão do termo como ocorria nos primórdios. E, assim, resguardar e proteger o trabalho e a pessoa do trabalhador por meio da consagração dos direitos trabalhistas com fim de garantir a todos uma vivência digna em sociedade.

Nesse contexto, por meio de uma interpretação lógico-sistemática chegamos à outra conclusão que se manifestava na incongruência do texto constitucional originário, tendo em vista ser dispensado tratamento discriminatório e restritivo de direitos aos empregados domésticos, nos levando a conceituá-los como minorias no ordenamento jurídico brasileiro.

As justificativas de que o trabalhador doméstico presta serviços de finalidade não lucrativa e à pessoa ou à família no âmbito residencial destas não servem, ao nosso

---

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa".

entender, para subsidiar o tratamento discriminatório à essa classe trabalhadora, por ter caráter violador de direitos.

Assim, necessário se faz o reconhecimento de igualdade de direitos trabalhistas a todos os trabalhadores, seja urbano ou rural, seja trabalhador doméstico, também no âmbito legal, pois diante da consagração do direito ao trabalho digno como direito social fundamental, o próprio legislador constituinte vedou qualquer forma de supressão de direitos trabalhistas.

Por fim, concluímos que o tratamento discriminatório e restritivo de direitos dispensado aos empregados domésticos, no âmbito constitucional, foi reparado com o advento da Emenda Constitucional no. 72, de 02 de abril de 2013. No entanto, apesar do reconhecimento desses direitos e ter sido estabelecida a igualdade formal constitucional entre os empregados domésticos e os demais empregados, falta a alguns direitos a regulamentação necessária para a sua concretização.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia.** tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti, 5ª ed. Rio São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AFONSO, Túlio Augusto Tayano. **A evolução constitucional do trabalho na ordem econômica jurídica brasileira**. 2006.
http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/tulio_augusto_tayano_afonso.pdf

BITTAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e Constituicao: dignidade da pessoa humana como legado á pós-modernidade. **In** BITTAR, Eduardo C. B. Bittar e FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.) **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: EDIFIEO, 2006.

BÍBLIA. Bíblia Sagrada: nova versão internacional. Traduzido pela comissão de tradução da Sociedade Bíblica Internacional. São Paulo: Ed. Vida, 2000.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 03 dez. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.Acesso em 17 jun. 2013.

_____. **Lei nº 5859, de 11 de dezembro de 1972**. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5859.htm. Acesso em: 03 dez. 2013.

BRASIL. Senado Federal. Disponível em: http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/03/13/pec-das-domesticas-e-vista-como-lei-aurea-moderna. Acesso em: 07 dez. 2013.

_____._____. Disponível em: http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/03/21/cristovam-verdadeira-libertacao-das-domesticas-vira-com-educacao. Acesso em: 07 dez. 2013.

_____._____. Disponível em: http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/03/19/juca-aprovacao-de-pec-garante-igualdade-aos-trabalhadores-domesticos. Acesso em: 07 dez. 2013.

_____._____.. Disponível em: http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/04/03/rollemberg-emenda-das-domesticas-e-uma-vitoria-de-todo-o-brasil . Acesso em: 07 dez. 2013.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. **In** BITTAR, Eduardo C. B. Bittar e FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.) **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: EDIFIEO, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio século XXI escolar: o minidicionário da língua portuguesa**, 4 ed. rev. Ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

_____. **Novo dicionário Aurélio**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 1393.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito econômico**, São Paulo: MP, 2006.

MARQUES, Rafael Silva. **Valor Social do Trabalho na Ordem Econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTR, 2007.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Trabalhador doméstico**. Brasília/DF, 2013. Disponível em: www.rt.com.br/marketing/hotsite/Revistas2013/Cartilha_Trabalho_Domestico.pdf. Acesso em: 07 dez. 2013.

MONTORO, André Franco. **Introdução á ciência do direito.** 30ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** *27* ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição***, 8ª ed.,* atual., até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011, São Paulo: Malheiros, 2012.

SIQUEIRA, Thiago Barros de. **A proteção da idade avançada no Regime Geral de Previdência Social.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**, 4ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VENEZIANO, André Horta M. **Direito e processo do trabalho, 6**. Coordenação geral Fábio Vieira Figueiredo, Fernando Ferreira Castellani, Marcelo Tadeu Cometti. – 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção OAB nacional. Primeira fase).

A contribuição de Jacques Maritain à doutrina contemporânea dos Direitos Humanos

Guilherme José Santini, UFABC

''Todas as gerações humanas almejam o bem-estar, a felicidade, o aperfeiçoamento de seu valor íntimo e de sua liberdade. Assim, as forças íntimas do homem transformam as condições exteriores, quer sejam elas físicas, sociais, ou políticas. Mas felicidade e valor não decorrem dessas condições exteriores senão quando nós as referenciamos ao mundo interior de nossa alma, a nós mesmos. A transformação desse mundo interior é, portanto, o segundo fator, não menos importante que o primeiro, a intervir na elaboração de uma existência satisfatória''.

Wilhelm Dilthey. Aula inaugural do ano letivo da Universidade de Bâle, 1867.

Introdução

O paradoxo interno à doutrina dos Direitos Humanos

Há um paradoxo interno à filosofia dos Direitos Humanos: por um lado, afirma-se que há direitos universais invariáveis; por outro, cada povo possui legitimamente suas próprias normas e preceitos morais fundamentais como parte de sua tradição e manifestação de sua mentalidade ou visão de mundo. Um problema se impõe diante desse paradoxo, ao qual Maritain se debruça desde o auge da Segunda Guerra: como é possível que apesar das circunstâncias culturais de cada povo e das divergentes escolas de pensamento filosófico possa haver um acordo sobre princípios de atuação moral e política com validade universal e perene?

Nosso objetivo é expor qual é a resposta de Maritain a esse problema resultante do paradoxo mencionado. Como podemos empreender a viabilidade prática de um acórdão sobre uma carta meta-constitucional de direitos universais se são evidentes as divergências sobre quais são esses direitos? Ora, a ocorrência de divergências sobre o que são os Direitos Humanos já não sugere por si que não há racionalidade suficiente na afirmação de uma pretensa universalidade de tais direitos? Não estaria correto Edmund Burke, o principal *maître-à-penser* do pensamento conservador, quando afirma que os direitos do homem são ficções metafísicas sem base real? Não estaria correto Jeremy Bentham, referência incontestável do pensamento utilitário liberal, quando afirma que direitos universais do homem são princípios desnecessários

ao bom governo e vagos do ponto de vista filosófico? Não estaria correto Karl Marx, o ideólogo primaz do pensamento socialista revolucionário, quando afirma que os direitos do homem são um discurso obsoleto e fútil[1]? Diante de lugar-comum aceito em praticamente todos os espectros políticos, como ainda assim seria possível justificar a viabilidade de um acordo internacional universal sobre tais direitos que servisse de baliza às constituições surgidas do pós-guerra?

‘’Nós nos encontramos diante do seguinte paradoxo: as justificações racionais [para a fundamentação dos Direitos Humanos] são *indispensáveis*, mas ao mesmo tempo são *impotentes* para criar um acordo entre os homens’’. Dito de outro modo, explica o Prof. José Aleixo, ‘’por um lado reconhece-se que há necessidade de justificações para a afirmação dos direitos humanos. Por outro, registra-se que não se consegue um acordo sobre a maneira de apresentá-las e de prová-las’’. (ALEIXO, José Brandi. In: Presença de Maritain: Testemunhos, 2012, p. 70).

> ‘’Como, perguntava-me eu’’, escreve Maritain, ‘’pode ser concebível um acordo entre homens reunidos para uma tarefa de ordem intelectual a ser cumprida de comum acordo, homens que vêm dos quatro cantos do mundo, e que não pertencem somente a culturas e civilizações diferentes, mas a famílias espirituais e a escolas de pensamento antagônicas? (...) ’’ (MARITAIN, 1990, p. 568-569).

O problema gnoseológico dos Direitos Humanos

Aquém desse paradoxo surge ainda a necessidade de guardar-se contra uma atitude que poderia e pode ainda por em risco a aplicação dos princípios fundamentais de uma carta de Direitos Humanos: é preciso cuidar contra quaisquer tentativas que pressupõem a padronização cultural ou um constitucionalismo mundial como condição para a paz e o progresso da civilização. A própria doutrina jusnaturalista de tradição tomista, na qual Maritain se insere, não é para ele um viático milagroso cuja recepção universal pelas doutrinas constitucionais das nações solucione de imediato os problemas sociais ou corrija os atos da administração pública. Mesmo porque a afirmação universal da universalidade dos Direitos Humanos não é senão um discernimento internacional de caráter doutrinal, proporcionado por doutrinadores jurídicos e sociais de diferentes países, sobre quais são os princípios e finalidades

[1] As referências a Burke, Bentham e Marx são feitas por William Sweet. Cf. SWEET, p. 05. Sweet vem a ser, diga-se de passagem, um dos principais estudiosos da obra de Maritain na atualidade.

elementares dos Estados e governos com respeito ao homem, em qualquer lugar e a qualquer tempo, manifestos e subscritos em carta, com estatuto de direito cogente. Porém, assim como não se corrige as injustiças sociais por decreto, a promulgação de uma carta universal dos Direitos Humanos, ainda que possuísse força vinculante sobre as constituições das diferentes nações, não garantiria por si a efetividade desses mesmos direitos consoantes às exigências básicas de cada homem.

Com efeito, como mostrará Maritain, os direitos fundamentais expressos na Declaração de 1948 têm, primeiramente, um caráter prático; eles não são axiomas jurídicos, mas princípios práticos, dir-se-ia diretivos, que servem ao Estado de balizas para a ação governamental, além de lançar luz sobre os limites de seu poder, bem como sobre as responsabilidades fundamentais de cada homem, da sociedade civil, e da comunidade internacional. Diga-se de passagem, inclusive, que Maritain reconheceu a necessidade, enquanto duraram os trabalhos de redação da Declaração de 1948, cujo anteprojeto saiu de suas mãos, de redigir também uma carta de deveres fundamentais, querendo esclarecer a importância da aplicação dos Direitos Humanos não só como instrumento de regular o poder do Estado, mas também como meio de despertar e dirigir os homens sobre o caráter inalienável também de seus deveres ou obrigações, desde que o engajamento no trabalho comum da sociedade e da civilização é também uma exigência necessária para a realização de sua plenitude natural[2].

Mas, de volta ao paradoxo dos Direitos Humanos: se tais direitos são universais, por que as pessoas, dentro de uma mesma nação, e os povos, no contexto mais amplo da civilização, divergem sobre os mesmos? Segundo Maritain, é justamente porque o conhecimento dos princípios ou regras mínimas do agir moral não se dá por uma razão racionalista, por uma razão com R maiúsculo a partir ou de uma natureza com N maiúsculo, na qual pudessem ser encontrados axiomas inatos, regras prontas e universais cuja aplicação por si mesma fosse a solução dos problemas políticos, a despeito das circunstâncias de cada caso. O conhecimento desses direitos fundamentais, que são, para Maritain, como ecos da existência humana cuja efetividade está imbricada à atuação do intelecto, tal conhecimento se dá por um processo que ele chama de vegetativo, ou seja, que não é inato-dedutivo nem

[2] Na contribuição à coletânea da UNESCO de 1947 sobre Direitos Humanos, Maritain escreve: ‘’Se é verdade que os direitos do homem têm seu fundamento na lei natural, a qual é por sua vez fonte de deveres e de direitos - sendo essas duas noções correlativas -, revela-se que uma declaração de direitos deveria normalmente completar-se por uma declaração de obrigações e responsabilidades do homem com respeito às comunidades da qual faz parte, notadamente a sociedade familiar, a sociedade civil, e a comunidade internacional.

empírico-indutivo. Se os direitos fundamentais fossem cognoscíveis por uma razão matemática ao modo racionalista, não haveria divergência possível sobre os mesmos. Por outro lado, se fossem cognoscíveis ao modo empírico-indutivo, não teriam universalidade possível. Maritain, adepto da escola filosófica do realismo aristotélico-tomista, considera que o conhecimento dos direitos fundamentais do homem depende do conhecimento propriamente humano do modo de ser propriamente humano.

A partir da experiência concreta, encontra uma base empírica sobre a qual há de atuar o intelecto ou racionalidade prática do homem. Nossa natureza só é conhecida a partir do momento em que por uma experiência concreta de ser no mundo nosso intelecto, que é parte dessa natureza, é ativado, que já é por sua vez o efeito da disposição natural do homem vir à existência e realizar seu destino. Por isso mesmo, ao homem é tão natural refletir quanto existir. A partir da experiência concreta, todavia circunstancial, que move o intelecto prático a atuar, acontece uma ‘’consciência experiencial’’ dos primeiros princípios de nossa própria natureza com respeito à ação moral. ‘’Não é um processo do conhecimento conceitual ou racional’’, como diz Maritain (MARITAIN, 1990, p. 575). Não é um conhecimento ao modo inatista nem empirista, mas um conhecimento dinâmico que depende da experiência de ser homem para si mesmo e é ao mesmo tempo uma experiência desse ser homem como conhecimento prático progressivo, na medida em que sou, e, concomitantemente, me conheço como sendo algo aberto para a realidade, que atua necessariamente sobre a realidade tanto para conhecê-la quanto para agir sobre a mesma.

Assim, por conseguinte, como o conhecimento sobre os primeiros princípios da ação moral depende da experiência concreta de ser no mundo, cada povo, bem como cada grupo social, se situa, dado o seu conjunto particular de experiências, num momento específico do que ele chama de ‘’crescimento vegetativo’’ da consciência moral, isto é, cada povo, assim como cada pessoa, se encontra num estágio de conhecimento sobre sua ordem e finalidade próprias na medida das experiências que viveu ou que testemunhou direta ou indiretamente. Logo, o conhecimento sobre os primeiros princípios da ação moral está submetido a um crescimento submetido, por sua vez, a progressos e retrocessos condicionados pela experiência moral na história.

Admitir isso significa aquiescer com um relativismo moral? Para Maritain, de modo algum. Ele defende ter sido a mensagem do Evangelho cristão a expressão a mais verdadeira da verdade sobre o homem com respeito à sua essência ou ordem natural. Mas nem por isso ele defende a imposição da filosofia cristã dos direitos fundamentais como condição para a viabilidade da paz e de uma declaração universal de direitos

meta-constitucionais. Pressupor que é necessário impor à humanidade uma mentalidade, qualquer que ela seja, ou um código pronto de conduta na vida moral e na governança como condição para que os Direitos Humanos sejam reconhecidos e respeitados por todos é ignorar o modo de ser e conhecer do homem com respeito a si mesmo. Contrariar esse modo de conhecer a nós mesmos seria contrariar nossa natureza, pois é esse o modo que ela nos concede para que a conheçamos tal como ela pode ser conhecida. Maritain, em alguns de seus livros, se dedica a esse trabalho de desqualificação do ponto de vista gnosiológico das teorias dos Direitos Humanos de caráter racionalista ou idílico, que pressupõem a possibilidade de conhecer regras morais fundamentais por um exercício racional ou por um refluxo sentimental, como se a realidade do ser homem, que é o subsídio fundamental do conhecimento da ordem e finalidade propriamente humanas, das quais resultam exigências ao modo de direitos, fosse uma abstração.

O caminho para um acórdão universal sobre os Direitos Humanos na direção da superação do paradoxo justificações indispensáveis *versus* divergências teóricas inexoráveis há de ser percorrido segundo uma razão prudencial, e não segundo uma razão matemática ou segundo uma imaginação sentimental, cujos pressupostos por si mesmo inviabilizam a noção de universalidade, pois segundo a primeira escola hipótese todos esses direitos haveriam de ser autoevidentes, e eles não são, haja vistas que não são apenas princípios teóricos, mas ‘’conclusões práticas’’. Já segundo a segunda escola de pensamento, tais direitos seriam relativos, o que seria uma afirmação muito controversa. Por desprezar o peso das circunstâncias, e por efeito, a virtude da prudência como hábito intelectual, tais doutrinas possíveis dos Direitos Humanos seriam o exatamente o oposto de humanista, pois julgariam ser o Direito um conjunto de axiomas matemáticos ou uma fantasia da imaginação sentimental de pequenos deuses ou anjos, mas não a institucionalização histórica de uma racionalidade prática no seio de uma sociedade, racionalidade radicada ultimamente, do ponto de vista genético, no ser homem de cada homem, submetido à experiência do mundo contingente e à história. Na opinião de Maritain, assumir os pressupostos da ética aristotélica-tomista é a condição para o *conhecimento* dos direitos fundamentais do homem enquanto tais, ainda que não seja a condição, nem suficiente nem desejável, para um consenso em torno a uma carta ou declaração universal em torno não só de princípios teóricos, como veremos, mas, sobretudo, de ‘’conclusões práticas’’.

Contribuições de Maritain à superação do paradoxo mencionado

Feita essa introdução, diga-se desde já que não nos importa aqui tanto filósofo, mas sim o doutrinador prático que foi Jacques Maritain no contexto da redação e consolidação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e que por isso mesmo não vamos nos ocupar dos problemas gnoseológicos já mencionados superficialmente. Ocupar-nos-emos, com efeito, segundo nosso objetivo, daqueles textos nos quais Maritain oferece uma fundamentação filosófica dos Direitos Humanos, mas somente a contento para entender como Maritain supera o paradoxo mencionado, viabilizando a oportunidade de um acórdão universal em torno a uma carta de direitos cogentes, expressão das exigências fundamentais da natureza humana. Servem-nos de subsídio cinco textos de Maritain, a saber: o opúsculo *Os Direitos do Homem e a Lei Natural*, o capítulo IV de *O Homem e o Estado*, os capítulos iniciais de seu livro *Cristianismo e Democracia*, a introdução à coletânea sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos publicada em 1947 pela UNESCO, e a sua contribuição a essa mesma coletânea[3].

Comecemos pelas lições apresentadas no primeiro texto mencionado, *Os Direitos do Homem e a Lei Natural*, que é um manual doutrinal de Direitos Humanos. Ao escrevê-lo em 1942, Maritain pressupunha que o fim da guerra não ofereceria por si mesmo garantia alguma de que as nações doravante se empenhariam na construção de um *ethos* fraterno, condição para o processo civilizatório, tanto na esfera internacional quanto na esfera subnacional. A redação desse opúsculo, nesse contexto, parte da necessidade percebida por ele de que houvesse um entendimento comum sobre o que deve ser feito pelas nações, e sem que isso dependesse de uma padronização cultural, como dito. Ele nos habilita a entender, portanto, de que modo o paradoxo *justificações necessárias* versus *divergências teóricas e culturais* pode ser superado, e sem necessidade de uma ditadura ideológica mundial, ou mesmo, sem a necessidade de uma constituição supranacional que juridifique universalmente esses direitos[4]. Para isso, cumpre discernir primeiro *o que são* os Direitos Humanos.

[3] À exceção dos últimos dois, os outros textos estão traduzidos para a língua portuguesa.
[4] É interessante notar que nesse opúsculo, a partir da noção de ser humano defendida por Maritain, há uma enumeração dos direitos fundamentais que é praticamente a mesma enumeração feita depois pela comissão responsável pela Declaração Universal de 1948, da qual participou, inclusive, o escritor brasileiro Austregésilo de Athayde.

As três vias de desenvolvimento da natureza humana

Na segunda parte do opúsculo *Os Direitos do Homem e a Lei Natural* há uma distinção preciosa para entender o que são os Direitos Humanos. Maritain distingue três ‘’disposições’’ ou vias de desenvolvimento da natureza humana e das quais o homem necessita absolutamente como condição concreta para realizar plenamente seu ser ou natureza. Ou seja, Maritain distingue três planos de atuação dos quais todo e qualquer homem carece para que sua liberdade e sua vontade possam se efetivar de tal modo que tenhamos condições exequíveis de realizar nossa finalidade própria enquanto homem. São eles: a interioridade espiritual, a participação na vida social ou civil, e a atividade laboral.

Em suma, esses três planos de atuação no mundo: a vida interior, a vida política ou cívica, e a vida social ou laboral correspondem a tendências ou exigências condicionantes da natureza humana, segundo sua ordem e fim próprios. Dito de outro modo, nossa natureza teleológica tendenciosa à atualização de nossa racionalidade teorética e prática conforme a ordem da realidade, que demanda por sua vez, para efetivar-se, a atualização de nossa vitalidade dinâmica interior, no decurso desse movimento nos motiva a atividades em diversas frentes, como se fossem diferentes modos de ser homem, mutuamente dependentes. Isto é, cumpre observar para compreender o que são os Direitos Humanos, que o ser homem ou natureza humana, quaisquer que sejam as condições históricas ou culturais de qualquer povo ou grupo social, reclama sua efetividade em vias necessárias: a via da interioridade dinâmica, a via da participação cívica, e a via da atividade laboral.

Feita essa distinção, temos assim um primeiro dado antropológico-filosófico como ponto de partida para reconhecer a universalidade ao menos do que é ser homem em concreto: o homem não é apenas um *homo faber*, nem apenas um *zoon politikón*, nem apenas um *espírito*: pelo mero fato de ser, o homem tende a esses três planos de atividade; ele é cada uma dessas coisas totalmente: é todo *homo faber*, todo *zoon politikón*, e todo *espírito dinâmico*, e, ao mesmo tempo, nenhum desses modos em separado. Todo e qualquer homem possui aptidão intelectual concernente a talentos profissionais próprios, assim como a tendência à sociabilidade política, e igualmente uma interioridade espiritual dinâmica. Todo homem é chamado por uma moção intrínseca espontânea proveniente de sua própria existência no mundo a engajar-se com todas as suas forças na realização de cada uma dessas três tendências mencionadas consoantes. Essas três tendências básicas solidárias entre si, e que são uma consequência espontânea do mero fato de ser homem, permitem a efetivação

das condições mínimas para a formação de um *ethos*, das condições elementares para a formação e consequente participação em uma *cultura*, desde a qual tenhamos subsídios para levar a cabo nossa existência na direção de uma superexistência plenamente humana.

De que se trata, contudo, essa superexistência plenamente humana? A finalidade do ser homem, o *télos* humano do qual fala Aristóteles, deve-se a quê? Dito de outro modo, os Direitos Humanos se referem a exigências naturais do homem que resultam de que e conduzem a quê?

A distinção entre *pessoa* e *indivíduo*

Passemos assim a uma segunda distinção feita por Maritain no capítulo III do livro *A Pessoa e o Bem Comum*, que complementa a distinção anterior, sendo igualmente fundamental a sua importância. Trata-se da distinção entre *indivíduo* e *pessoa*. Analisar esses dois conceitos significa, como veremos, revelar a fisionomia humana na sua realidade integral.

> ‘’O ser humano se encontra entre dois pólos: um pólo material, que não concerne, em realidade, à pessoa verdadeira, mas antes à sombra da personalidade ou ao que nós chamamos, no sentido estrito do termo, a individualidade; e a um pólo espiritual, que concerne à personalidade verdadeira. (...) Os problemas sociológicos de nossos dias, e os problemas espirituais também, lhe trouxeram à atualidade’’. (MARITAIN, 1990, p. 186-187).

A matéria enquanto princípio de determinação quantitativa, e a alma, como princípio de ordem e fim dos seres vivos, é o que está por trás da individualidade e da personalidade, respectivamente. Trocando em miúdos, individualidade é, por assim dizer, utilizando o termo já empregado por Maritain, o pólo material do homem; é a ‘’*materia signata quantitate*’’, a designação sobre uma quantidade múltipla de matéria de uma parte separada, que é chamada de indivíduo, de tal modo que o ser possa existir (no sentido próprio de *ex-ens*: de vir a ser ‘’para fora de’’). Sem esse princípio material não haveria indivíduos, mas apenas a essência pura de homem. Isso vale não apenas para o homem, mas para todas as demais coisas do mundo físico.

Por isso, conclui Maritain,

> ‘’Enquanto indivíduo, cada um de nós [seres existentes, ou coisas do mundo físico] é um fragmento de uma espécie, uma parte desse universo, um ponto singular do imenso ressorte de forças e influências, quer sejam cósmicas, étnicas, históricas, mediante as quais cada indivíduo sofre certas leis, submetido ao determinismo do mundo físico’’. (MARITAIN, 1990, p. 190).

A personalidade, por sua vez, é a consequência de um dom, ou, de uma dação ao homem de um ‘’centro vital’’ independente capaz de dar e dar-se em conhecimento e em amor; a unidade dinâmica aberta à realidade que capacita o homem ao conhecimento teorético e prático, ou ainda, que o capacita a amar. Dito de outro modo, a personalidade é a capacidade que o homem tem de exercer uma superexistência espiritual, capacidade que se deve à sua radicalidade participada numa ordem transnatural, donde, pois, sua anterioridade lógica em relação à sociedade política e sua finalidade transcendente ao o bem e ao fim desta. Reconhecê-la como dimensão intrínseca da natureza humana é a condição para evitar os erros do que poderíamos chamar de um ‘’naturalismo político’’, como veremos adiante.

> ‘’Quando dizemos que o homem é uma pessoa, queremos dizer que ele não é somente uma porção de matéria, um elemento individual na natureza, como um átomo, um pé de trigo, uma mosca ou um elefante é um elemento individual na natureza. Onde está a liberdade, onde está a dignidade, onde estão os direitos de um pedaço individual de matéria? O homem é um animal e um indivíduo, mas não como os outros’’. (MARITAIN, 1988, p. 620).

> ‘’A noção de personalidade’’, segue Maritain, ‘’não se refere à matéria, como à individualidade das coisas corpóreas: ela se refere às dimensões mais profundas e mais sublimes do ser; a personalidade tem por raiz o espírito enquanto o espírito tem a si mesmo na existência e nela transborda; metafisicamente considerada, a personalidade é, como a escola tomista o sustém, a ‘’subsistência’’. (...) A personalidade é a ‘’subsistência’’ da alma espiritual comunicada ao composto humano (...). Assim, personalidade significa a interioridade a si mesmo (...). Do fato mesmo de que sou uma pessoa, e que digo eu mesmo a mim, eu reclamo a comunicação com o outro e com os outros na ordem do conhecimento e do amor’’. (MARITAIN, 1990, 191-192).

Convém esclarecer que a individualidade e a personalidade são aspectos distintos de uma mesma realidade, e não duas realidades distintas. Dito de outro modo, assim como o homem é totalmente um animal, e, ao mesmo tempo, totalmente um ser dotado de uma interioridade criativa, por exemplo, assim se diz que o homem é

totalmente um indivíduo, e, ao mesmo tempo, totalmente uma pessoa. Vejamos as asserções de Maritain a respeito:

> ‘’Não há em mim uma realidade que se chama meu indivíduo e outra realidade que se chama minha pessoa. É o mesmo ser todo inteiro que em um sentido é indivíduo e em outro sentido é pessoa. Eu sou todo inteiro indivíduo em razão do que me vem da matéria, e todo inteiro pessoa em razão do que me vem do espírito; como um quadro é todo inteiro um complexo físico-químico em razão das matérias coloridas do qual ele é feito, e todo inteiro uma obra de beleza em razão da arte do pintor’’. (MARITAIN, 1990, p. 193).

A realização daqueles três planos de atuação da vida humana que mencionamos acima diz respeito a atuações tanto do homem como pessoa quanto do homem como indivíduo, atuações imbricadas uma à outra pelo fato do homem, como já observamos, ser todo inteiro indivíduo e ao mesmo tempo todo inteiro pessoa, a exemplo do quadro. Tão imbricadas estão todas essas relações desde a ‘’unidade dinâmica’’ que é o homem, que cada um de nós por um lado depende da atividade laboral, e, por conseguinte, da sociedade política, tanto quanto, ao mesmo tempo, devido à sua contrapartida espiritual, tende a ser melhor do que toda a sociedade política e todo o bem comum, muito embora, para sê-lo, necessite inexoravelmente dessa mesma sociedade, bem como, de igual maneira, da atuação laboral.

Essa realidade, e as distinções que foram feitas, são caríssimas ao Direito, à Política, e às demais Ciências Humanas. Porque, se levarmos em conta apenas o homem enquanto indivíduo, como é próprio, por exemplo, do mecanicismo político de Hobbes, mas também da ideologia marxista, não haveremos de considerar o homem senão uma parte imanente ao todo social, ou seja, o homem na sua individualidade *tout court*, ao que se seguirá por consequência a afirmação de que o bem do homem é sempre inferior ao bem da sociedade, e, portanto, que o homem está totalmente submetido à finalidade da sociedade política. Por outro lado, se levarmos em conta que o homem é totalmente autônomo em relação à sociedade política, haveremos de desconsiderar as suas responsabilidades em relação ao bem da sociedade, isto é, as suas obrigações imprescindíveis consoantes ao engajamento necessário na obra social pela viabilidade comum dos subsídios necessários ao desenvolvimento integral do homem segundo sua dignidade pessoal, obra à qual está referida de maneira primaz a Política.

Equívocos na ética política resultantes do desconhecimento das distinções apresentadas sobre a relação entre homem e sociedade

A atitude que não leva em conta senão o indivíduo coloca a noção de coletividade no centro do ordenamento jurídico, já que considera o bem do corpo social superior ao bem do indivíduo ou submete a finalidade do homem à finalidade da sociedade. Mas, ao prescindir da personalidade humana, o processo legislativo constitucional, ou mesmo, a interpretação prática dos direitos fundamentais do homem, há de conduzir fatalmente à formação de um Estado policial, ainda que as intenções do legislador sejam realmente boas. A semelhança entre os regimes totalitários quer sejam eles fascistas ou socialistas se deve a uma mesma atitude fundamental com respeito à avaliação da relação entre homem e sociedade política que ignora a noção de pessoa e só leva em conta o indivíduo, assim submetendo-o *totalmente* à ‘’vontade geral’’ ou à ‘’razão de Estado’’ porque não reconhece no todo humano senão a parte material que está em função do todo social, como se o homem fosse um átomo de uma bola de bilhar. Com efeito, afirmar ‘’tudo no Estado, nada contra o Estado, e nada fora do Estado’’, é uma inferência lógica da premissa de que o homem é apenas um indivíduo, apenas parte da coleção inteira de outros indivíduos semelhantes, que em nada difere, na prática, da afirmação que diz ‘’tudo pelo social’’, ou, de modo mais refinado, que diz ser a emancipação do homem individual um fim em si mesmo exequível exclusivamente por meio da participação social. O que difere uma e outra afirmação, a primeira fascista, a segunda marxista, é que o fascismo identifica a coletividade ao Estado-nação, enquanto o marxismo considera identifica a coletividade à humanidade.

Mas não nos esqueçamos da segunda atitude, tão precária com respeito ao entendimento das exigências integrais do ser humano, logo, tão deficiente com respeito ao entendimento dos Direitos Humanos e da relação entre homem e sociedade quanto a primeira atitude. Essa segunda atitude coloca a liberdade individual no centro do ordenamento jurídico, confundindo a personalidade com uma noção abstrata de indivíduo abstrata que o concebe como um ente *absolutamente* autônomo em relação à sociedade política. Admitir uma visão desvirtuada de pessoa, na qual o homem é uma unidade *absolutamente* autônoma, tem como afirmação consequente a identificação das obrigações sociais do cidadão e dos direitos do Estado com a violência à autonomia individual de um semi-deus. Não considerar a interioridade humana sem levar em conta a sua radicalidade numa ordem e fim transnatural conduz à afirmação consequente de que quaisquer obrigações com respeito à sociedade política significam uma violência à autonomia do homem. Ao

contrário da valorização da espiritualidade na sua tendência cognitiva e amorosa, esse desconhecimento consoante à própria natureza humana resultaria, na prática, à redução do homem a uma ‘’subjetividade fetichista’’, segundo a expressão de Max Weber. Se a atitude mencionada no parágrafo anterior, com respeito à consideração exclusiva da individualidade, conduz a um dissenso permanente entre Estado e pessoa, esta atitude aqui, se levada a cabo no ordenamento jurídico, há de conduzir a um dissenso permanente no seio da própria sociedade, pois há de como finalidade do homem o máximo de prazer possível fruído no seio de sua subjetividade egoísta.

Maritain faz um juízo de valor: ‘’a vida contemplativa é melhor que a vida política’’. (MARITAIN, 1990, p. 182). Mas a participação da pessoa naqueles bens propriamente espirituais concernentes ao plano de atuação da interioridade dinâmica do homem requer necessariamente a participação integral do mesmo homem, que é um ser total e inteiramente indivíduo, e total e inteiramente pessoa, na obra comum social, dir-se-á no âmbito político e laboral, cujas obras se destinam especialmente à assistência às exigências materiais do homem, mas que exercem concomitantemente uma função subsidiária *indispensável* em atenção à efetivação das exigências espirituais do homem.

Os benefícios previdenciários garantidos pela sociedade política, as restrições legais à liberdade contratual, o subsídio estatal à educação, são exemplos de condições mínimas para que as exigências integrais do homem sejam contempladas efetivamente. As exigências materiais não são em nada inferiores às exigências espirituais, porque a efetividade da personalidade está imbricada á efetividade da individualidade, da mesma forma, como já vimos, que a efetividade do plano de atuação política e laboral está imbricada à efetividade do plano de atuação da interioridade espiritual. Se identificássemos o ser humano à personalidade, as realidades sociais ser-lhe-iam indiferentes. Reduzindo o homem à sua intimidade, reduzi-lo-íamos a um núcleo absolutamente autônomo, logo, dotado de uma liberdade tendenciosa a uma expansão infinita. Ao contrário da harmonia, uma concepção tal da relação entre homem e sociedade, e que se encontra *quodammodo* na base das concepções libertárias e do utilitarismo liberal, resultaria inevitavelmente num hedonismo individualista[5].

[5] Esse é o principal motivo pelo qual Maritain insiste na importância de promulgar, ao lado de uma declaração universal de direito, uma declaração universal de obrigações, cujos argumentos transcrevemos na nota 2.

Por outro lado, em contrapartida, as restrições constitucionais à ação do Estado, a liberdade de associação comercial e de imprensa, a inviolabilidade dos lares e das consciências, bem como o respeito público garantido por lei aos valores religiosos, também são exemplos de condições mínimas para que as exigências da contraparte espiritual humana também sejam contempladas a contento, e assim, possa o homem desenvolver-se plenamente, atuando com liberdade naqueles três planos que ora mencionamos. Com efeito, se não reconhecêssemos que o homem desde sua natureza integral possui invariavelmente uma personalidade tendenciosa à participação em bens espirituais, ou mesmo, que o homem possui uma superexistência potencial tendenciosa a uma ordem e finalidade que superam a ordem e a finalidade da sociedade política ou de quaisquer instituições privadas, a sociedade política ou o Estado não encontrariam limites à sua atuação. Por efeito lógico, a interioridade humana seria assim rebaixada ao estatuto de uma subjetividade irrisória individual, podendo ser vilipendiada a qualquer momento em nome do próprio bem comum, ou de qualquer expressão que substitua a noção de bem comum, como a ‘’razão de Estado’’ da ideologia fascista ou a ‘’sociedade sem classes’’ da ideologia marxista.

É curioso notar: partindo de atitudes diferentes com respeito ao entendimento do que é o homem, a atitude que coloca a coletividade no centro do ordenamento jurídico e aquela que leva em conta apenas a noção de indivíduo absolutamente autônomo encontram-se de comum acordo na última de suas afirmações consequentes: que a pretensa interioridade dinâmica do homem, sede de sua espiritualidade e dimensão na qual atua a consciência moral, é apenas uma *subjetividade*. Grosso modo, a diferença é que no primeiro caso essa subjetividade é tratada como o reino da liberdade, segundo uma acepção fetichista de liberdade, enquanto no segundo caso essa subjetividade é tratada, se muito, como uma grande porcaria se comparada à ‘’razão de Estado’’ ou à ‘’vontade geral’’.

Primeiras noções doutrinais de Direitos Humanos a partir do reconhecimento da dignidade mais-que-natural da pessoa humana

O homem, segundo Maritain possui naturalmente exigências materiais, sociais, e espirituais, mutuamente imbricadas e co-dependentes, devidas à ordem e finalidade próprias da unidade dinâmica que é sua natureza integral possuidora também de uma personalidade que é sua nota espiritual. Diante dessa realidade, os Estados e a

comunidade internacional, bem como as instituições políticas e privadas, devem exercer a respeito de cada homem uma função subsidiária, podendo também exercer uma função disciplinar, e até coativa, com vistas à proteção do bem comum político referente ao bem de cada indivíduo membro de uma sociedade política, mas jamais determinar qual deve ser a finalidade da existência humana como um todo, já que esta se refere *também* a uma ordem e a uma finalidade que vão além do plano da atuação política e laboral, desde a abertura natural do ser humano, segundo sua capacidade de conhecer e amar, na direção de uma realidade mais ampla que o mundo contingente. Tais órgãos poder ter, portanto, o direito legítimo à administração do bem comum político e à organização das relações sociais, devendo inclusive punir quando necessário, mas a legitimidade de tais direitos, de tais poderes políticos, encontra um limite logo que se reconhece a incapacidade do Direito, que é ciência, determinar qual é a finalidade do homem. O poder estatal pode ser soberano legitimamente; pode o Estado possuir o monopólio legítimo da força, porque o homem pode ser conhecido empiricamente como *zoon politikon*, parte integrante inexoravelmente do todo social, o que o torna sujeito de obrigações e de direitos civis. Mas o Estado, ou qualquer outro órgão social, deve também reconhecer, desde o próprio Direito como ciência do ordenamento social e político, a partir da Filosofia moral, que há no homem um aspecto espiritual, uma exigência de atuar desde sua interioridade dinâmica, âmbito de sua consciência moral, cujos conteúdos o Direito não é capaz de positivar, não tendo, pois, nenhum poder legítimo sobre a consciência moral pessoal. O Estado tem o direito de regular a existência, mas não ela toda, porque não é possível precisar positivamente o que é a pessoa na realidade íntima de seu mistério espiritual, logo, o que a pessoa deve ser. O direito positivo pode e se desdobra desde o direito natural, diria Maritain, mas é incapaz de absorvê-lo.

Essa lição resultará, na Declaração Universal de 1948, no princípio fundamental da liberdade de pensamento, consciência, e religião. Diante da dignidade pessoal de cada homem, o Estado nem órgão algum tem o direito de regular a fé e os valores de qualquer pessoa, quaisquer que eles sejam, conformes, pois, a essa dignidade pessoal. Pode legitimamente, em determinadas circunstâncias excessivas até punir alguém por eventuais efeitos concretos resultantes de sua fé e de seus valores. Mas, ainda que justamente culpado e preso, não poderá jamais o Estado nem órgão algum obrigar essa pessoa, nesse caso hipotético, a pensar desta ou daquela maneira, a deixar sua religião, a prescindir de seus valores. Assim sendo, devem os Estados reconhecer suas limitações em relação à personalidade humana, e, por efeito, reconhecer que todo homem possui direitos fundamentais e inalienáveis insubmissos

a quaisquer disposições legais positivas provenientes da ‘’vontade geral’’ ou coisa que valha, ou de quaisquer decretos do Estado. Segue-se, assim, um resumo do ensinamento de Maritain sobre a finalidade da Política:

> ‘’A obra política’’, diz Maritain, ‘’é essencialmente uma obra de civilização e de cultura. São as aspirações fundamentais da pessoa humana que iluminam e revelam a natureza dessa obra; e a aspiração mais fundamental da pessoa é a aspiração à *liberdade de desenvolvimento*. A sociedade política está destinada a desenvolver as condições da vida comum que, procurando primeiramente o bem, o vigor, e a paz do todo, ajudam positivamente cada pessoa na conquista progressiva dessa liberdade de desenvolvimento, a qual consiste antes de tudo no florescimento da vida moral e racional, e dessas atividades interiores (‘’imanentes’’) que são as virtudes intelectuais e morais. O movimento assim determinado, que é o movimento próprio da comunidade política, é um movimento na direção da libertação progressiva das servidões da natureza material não somente para nosso bem-estar material, mas antes de tudo para o desenvolvimento em nós da vida do espírito’’. (MARITAIN, 1988, p. 647).

Como viabilizar e o que esperar de uma Declaração de Direitos Humanos?

Maritain insiste no seguinte ponto: o conhecimento da lei natural, dir-se-á, da ordem e finalidade próprias do homem, está sujeito a um ‘’crescimento vegetativo’’. Por isso, não condiciona a viabilidade de uma declaração universal de Direitos Humanos à adesão a seus próprios pressupostos.

> ‘’Nosso conhecimento da lei natural e dos direitos fundamentais está de qualquer modo submetido a um crescimento lento e acidentado, de tal modo que esses direitos não aparecem como regras de conduta reconhecidas como tal senão à medida do progresso da consciência moral e do desenvolvimento histórico das sociedades’’. (MARITAIN, 1990, p. 1209-1210).

Esse é o ponto nevrálgico para entender como é possível, segundo ele, superar o paradoxo entre justificação necessária dos Direitos Humanos *versus* divergências teóricas inexoráveis sem apelar à hipótese de uma ética universalista ou a uma homogeneização cultural qualquer. A doutrina dos Direitos Humanos de linhagem tomista não se considera a si mesma pronta e perfeita, já que admite que o conhecimento da lei natural, logo, dos direitos fundamentais que se lhe resultam, depende da experiência moral concreta dos homens e povos, experiência condicionada necessariamente sob o tempo histórico, como tudo, aliás, que é humano.

> ‘’É preciso dizer que o que está em jogo nas preparações históricas da afirmação comum dos direitos do homem são menos essas escolas filosóficas em si do que as *correntes de pensamento* que sem dúvida se ligam mais ou menos a elas, mas nas quais as lições da experiência e da história e certa tomada de consciência prática exercem a função principal, e trazem consigo uma carga dinâmica mais forte e ao mesmo tempo uma grande liberdade com respeito aos princípios e à lógica dos sistemas abstratos’’. (MARITAIN, 1990, p. 1210)’’.

Certas exigências práticas inexoráveis de cada homem aparecem sob o modo de direitos logo que o homem existe e se relaciona com a sociedade política. Logo, o que Maritain defende é que se os Direitos Humanos não menos princípios abstratos do que expressões de exigências práticas conforme sua ordem e finalidade subsistentes numa base real experiencial, que é a própria natureza humana, uma declaração de Direitos Humanos não é uma perfumaria jurídica, mas uma hierarquia de valores que possa orientar – mas não determinar aprioristicamente, bem entendido - a razão prática dos homens acerca das exigências mais importantes de suas vidas. A condição para a viabilidade de um acórdão internacional sobre uma carta de direitos fundamentais é, primeiramente, o entendimento de que uma carta tal não é uma síntese de afirmações teóricas sobre o homem, mas lições práticas sobre os valores mínimos que a vida nos exige para que ela mesma faça algum sentido.

> ‘’Vejamo-nos, pois, advertidos de não esperar demais de uma Declaração internacional dos Direitos Humanos. Porque o que os povos esperam hoje não é, antes de tudo, o testemunho da ação? A função da linguagem foi pervertida de tal maneira, mente-se de tal modo sobre as palavras mais verdadeiras, que as declarações mais belas e solenes não seriam suficientes. O que se reclama daqueles que subscrevem essas declarações é a sua aplicação prática; o que se quer ver são os Estados e governos assumirem os meios de fazer respeitar efetivamente os direitos do homem. Acima disso, eu não ousaria testemunhar senão de um otimismo muito moderado. Pois para acordar não somente sobre a formulação dos direitos do homem, mas sobre a organização do exercício desses direitos na existência concreta, seria preciso ademais um acordo sobre uma hierarquia de valores. Para que os povos se entendam sobre a maneira de fazer respeitar efetivamente os direitos do homem, seria preciso que eles tivessem em comum, ainda que implicitamente, eu não diria uma mesma concepção especulativa, mas ao menos uma mesma concepção prática do homem e da vida’’. (MARITAIN, 1990, p. 1215).

Conclusão

A paz que se requer para viabilizar um empreendimento comum entre os povos que contemple o homem como finalidade das trocas comerciais, da indústria, e da política, exige um acórdão comum internacional sobre as demandas mínimas e universais do homem, a fim de evitar novas tentativas de absorção do destino humano em nome da soberania do Estado, seja de um só homem, de um povo, ou ainda de toda a humanidade, e de garantir, por efeito, que as vias de desenvolvimento nas quais a existência humana frui a caminho da realização de seu destino tivessem sua efetividade minimamente garantida de comum acordo pelos Estados. Dito de outro modo, já antes da guerra alguns intelectuais discerniam a necessidade, no pós-guerra, de um consenso mundial sobre os limites da atuação dos Estados e demais organizações na direção do progresso em relação ao homem nas suas variadas atividades, como trabalhador, como cidadão, como membro de uma família, como homem religioso. Contudo, como pudemos observar, há inúmeras noções que precisam ser levantadas quando se reclama um acórdão tal. Em primeiro lugar, cumpre levar em conta qual é o destino do homem; depois, qual é o estatuto da relação do homem com a sociedade política, isto é, o grau de dependência entre a realização do destino humano e a obra em torno do bem comum político. Mas empreender tais esclarecimentos de caráter eminentemente teorético esbarra em divergências inexoráveis devidas às diferenças culturais, de mentalidade, e às rivalidades entre as escolas de pensamento filosófico e político. Como, então, pode ser viável aquele acórdão comum acima mencionado?

Para Jacques Maritain, que em 1942 esboçara uma carta de direitos fundamentais que serviria depois de base à redação da Declaração de 1948, as justificações racionais, muito embora sejam relevantes e imprescindíveis para ‘’fechar’’ essas janelas abertas, devem ser deixadas de lado na direção desse comum acordo, que há de ter caráter prático, e não teórico. Defender uma carta fundamental com esse estatuto significava, no entanto, ser contrário a uma concepção abstrata de direitos fundamentais, como se fossem axiomas matemáticos, bem como a uma concepção de natureza humana individualista quer seja tomando o homem como um átomo social, quer seja tomando-o como um semi-deus dotado de uma liberdade expansionista sem limites, absolutamente autônomo com respeito à sociedade política. Por isso, Maritain, muito embora defenda que a viabilidade de um acórdão universal a uma carta de direitos não da sociedade, nem do Estado, mas do homem, com estatuto de direito cogente exija que suspendamos o debate sobre as justificações teóricas desses direitos, nem

por isso ele deixa de mencionar os erros fatais que podem ameaçar a efetividade de uma eventual carta. Não obstante, apostando no fato de que a experiência prática de cada homem é o que fornece à racionalidade prática, concomitantemente, a ocasião para o conhecimento dir-se-ia orgânico dos valores essenciais que dirigem a ação humana, ou, digamos assim, apostando na disposição natural do homem para a ‘’consciência experiencial’’ dos valores, Maritain consegue, sem apelar, portanto, à hipótese de uma homogeneização cultural, nem a sistemas éticos abstratos universalistas, viabilizar em concreto, ele mesmo, a partir da UNESCO, logo após a guerra, a associação entre doutrinadores e políticos de todos os continentes para redigir uma carta de direitos fundamentais que viesse a ser adotada pelos países membros das Nações Unidas, dirigindo o crescente processo de constitucionalização dos Estados que ocorreria ao longo dos anos que se seguiram. Como Maritain o consegue? Como vimos, deslocando o foco das *justificações teóricas* para a *convergência prática*, apelando às experiências morais básicas de cada homem, à vivência histórica dos povos; à suspensão, por um momento, das elucubrações teóricas, por um reconhecimento experimental dos valores mínimos inegociáveis segundo os quais a vida em comunidade possa existir pacificamente, quer dizer, das lições morais que estão na base do patrimônio cultural comum da humanidade, ressortes irredutíveis consciência moral de cada homem.

> ‘’O problema essencial da reconstrução não é um problema de planos, é um problema de homens. (...) A tarefa a ser feita em meio às ruínas, a recuperação das estruturas elementares da vida humana, e inclusive as grandes empreitas pela reconstrução mundial reclamam primeiramente um retorno à simplicidade do olhar. A perspectiva daquilo que é justo, descoberta desde um movimento simples do coração, desde uma intuição simples da inteligência, o resto é questão de bom senso e de coragem, de experiência e de bondade. Para dizer a verdade, não são os princípios e as ideias que nos faltam’’. (MARITAIN, 1988, p. 749-750).

Bibliografia

MARITAIN, Jacques. *Oeuvres Complètes*, t. VII. Fribourg: Éditions Universitaires, 1988.

_____ *Oeuvres Complètes*, t. IX. Fribourg: Éditions Universitaires, 1990.

POZZOLI, Lafayette; LIMA, Jorge da (org.). *Presença de Maritain: Testemunhos*. São Paulo: LTr, 2012.

SANTOS, Ivanaldo; POZZOLI, Lafayette (org.). *Direitos Humanos e Fundamentais e Doutrina Social*. Birigui: Boreal, 2012.

SWEET, William (org.). *Philosophical Theory and the Universal Declaration of Human Rights*. Ottawa: Ottawa University Press, 2003.

Agradecimentos

À Fundação Universidade Federal do ABC, em virtude da bolsa de estudos concedida.

Direitos Humanos e Marxismo: uma história em conflito

Brunna Carvalho[1]; Mayara Soledade Viana[2].

1. INTRODUÇÃO

Levando a cabo os ideais pregados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela ONU em 1948, entende-se que os direitos humanos são um conjunto de valores construídos que devem ser assegurados a todos os seres humanos, a fim de proporcionar a liberdade e garantia dos direitos dos indivíduos, independente de seu caráter biológico-natural, cultural-ideal e econômico-material. Sua luta tem um caráter universal contra a opressão e a discriminação, defendendo a igualdade e a dignidade das pessoas.

A Declaração foi resultado de uma série de lutas travadas desde as revoluções liberais burguesas dos séculos XVII e XVIII. Segundo Mondaini (2006), é uma conquista que pode ser bem compreendida como a universalização do projeto histórico da Revolução Francesa pela tríade liberdade, igualdade e fraternidade.

Entretanto, o terreno sobre o qual são erguidos os direitos humanos se apresenta como um verdadeiro "campo de conflito", dando forma a uma luta em torno daquilo que deve ser observado como "legal" pelo Estado, mas também como "legítimo" pela sociedade. Direitos humanos hoje reconhecidos como: direitos civis; direitos políticos; direitos sociais; e direitos dos povos e da humanidade. Dentro desse contexto de "luta por hegemonia" existente na sociedade civil, no qual se estabelece um "campo de conflito", entende-se aqui que os direitos humanos devem ser compreendidos na atualidade nos marcos do binômio formado pelos princípios da "universalidade" e "indivisibilidade" – uma compreensão que abre espaço para a luta pela construção de uma cidadania global.

> A Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade. Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade porque, independente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. (PIOVESAN, p.34, 2003).

[1]Graduanda do curso de Serviço Social da Universidade Federal de Pernambuco. Bolsista do projeto de iniciação científica "Teoria Crítica e Direitos Humanos – História e Conceito em Marx". Endereço eletrônico: brunnacarvalhoamorim@hotmail.com

[2] Graduanda do curso de Serviço Social da Universidade Federal de Pernambuco. Integrante do Núcleo Comunicação e Direitos humanos da UFPE e bolsista do projeto de iniciação científica "Teoria Crítica e Direitos Humanos – História e Conceito em Gramsci". Endereço eletrônico: sol.may@hotmail.com

É importante que ao pensar em direitos humanos se tenha a noção de que estes estão “organicamente” relacionados, de forma que suas múltiplas dimensões - ética, jurídica, política, econômica, educativa, social, histórico e cultural - estejam integradas. Isso implica um conjunto de dimensões necessariamente interligadas que devem ser realizadas concomitantemente.

As discussões acerca dos direitos humanos estão associadas diretamente à construção histórica. Da mesma forma que a sociedade vai se modificando e se renovando, novas demandas vão sendo atribuídas aos direitos humanos que, por sua vez, são marcados por avanços e retrocessos, estando assim, sempre em movimento. Tendo em vista seu caráter sócio-histórico é de grande relevância a análise de sua trajetória para a compreensão das diversas perspectivas que os envolvem.

Para a formação de sua perspectiva, o pensador alemão Karl Marx inscreveu o direito na totalidade histórico-social, utilizando-se do materialismo histórico e dialético, para a análise das estruturas sociais e históricas do capitalismo, sendo este um componente necessário da instância superestrutural da sociedade fundada na divisão do trabalho para a produção de mercadorias.

2. DIREITOS HUMANOS E HISTÓRIA

Analisando o processo histórico percorrido pelos direitos humanos, ainda que exista discordância sobre o início de sua história, poderíamos dizer que houve na história moderna três momentos decisivos que marcaram a abertura dos caminhos para a era dos direitos. Os direitos humanos entram em cena com as três grandes revoluções liberais burguesas ocorridas em meados dos séculos XVII e XVIII: a Revolução Inglesa – séc. XVII; a Independência dos Estados Unidos – séc. XVIII; e a Revolução Francesa- séc. XVIII. Uma justificativa considerável para a afirmação do surgimento dos direitos humanos, em suma, no século XVIII, está contida segundo Trindade (2002, p.18), no fato de que:

> Não basta a simples existência de ideias transformadoras para que o mundo se transforme. É necessário, como se sabe, que as ideias conquistem um grande número de seguidores dispostos a colocá-las em prática, mesmo correndo riscos, o que só acontecerá se eles convencerem, mesmo de modo algo intuitivo, de que essas ideias vão na mesma direção, tornam mais clara ou organizam a luta que já travam por seus interesses, necessidades, ou aspirações coletivas. Depois, será preciso ainda que estejamos diante de condições sociais e históricas que favoreçam, ou não impossibilitem a mudança pretendida e que, além disso, os interessados consigam desenvolver os meios apropriados para vencer a resistência, sempre feroz dos que se opõe à transformação. E, no entanto, essas condições estavam reunidas, de modo mais ou menos acentuado, em alguns países europeus no final do século XVIII, particularmente na França.

Esses processos históricos introduziram na história as primeiras declarações de direitos: a Declaração dos Direitos inglesa de 1689, da chamada Revolução Gloriosa, estabelecendo o parlamento como poder supremo; a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia de 1776 que foi a base da declaração de Independência americana; e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789. Estão presentes ao longo dos artigos das referidas declarações, os direitos responsáveis pela construção da espinha dorsal da cidadania liberal (MONDAINI, 2009), que veio ser inovado pela declaração de 1948 ao combinar o discurso liberal da cidadania com o discurso social.

Todas as revoluções até agora aqui mencionadas tiveram grande relevância para a história dos direitos humanos. Entretanto, foi a partir da Revolução Francesa que os direitos humanos se consolidam nos limites dos direitos civis e políticos. Diferentemente das revoluções que lhe antecederam, a Revolução de 1789 possui um caráter universal, expandindo seus ideais revolucionários para além das fronteiras da França. Além disso, a Revolução colocou em cena os sujeitos sociais e projetos sociais diversos, mas que se interligavam para a construção de uma nova sociedade.

Com as revoluções burguesas, a burguesia colocava-se à frente desse projeto político na perspectiva de consolidar-se como classe revolucionária na luta contra o absolutismo feudal. A burguesia conseguiu o apoio das camadas populares que aderiram aos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade em oposição aos privilégios da aristocracia. A ascensão da burguesia como classe social dominante implica um novo formato societário, intensificando o sistema capitalista e a exploração da classe trabalhadora.

Concomitantemente na Inglaterra, com a Revolução Industrial do final do século XVIII, a burguesia passa de revolucionária a conservadora, embutindo, segundo Trindade (2002), a contradição entre liberdade e igualdade, conferindo aos direitos humanos a função de manter-se no poder.

Com a Revolução Industrial, criou-se uma resistência trabalhista proporcionando a organização dos primeiros sindicatos. O sindicalismo britânico, por exemplo, que teve um dos seus momentos mais elevados na organização do “Cartismo” – o movimento organizado que lutava pela Carta do Povo, o qual denunciava a situação da classe trabalhadora – lutou, entre outras coisas, pela liberdade sindical e pelo direito de representação parlamentar dos sindicatos. Nesse contexto, há o aparecimento de uma “nova” palavra: o socialismo. Este socialismo utópico cumpria uma função inestimável ao inaugurar a crítica moral ao capitalismo, proporcionando os primeiros argumentos teóricos às lutas concretas que os

trabalhadores, até então isolados, encetavam por seus direitos humanos (TRINDADE, 2002, p.125).

O Cartismo é considerado o primeiro movimento independente da classe trabalhadora inglesa, sendo a Inglaterra a pioneira na revolução industrial e também de movimentos de contestação ao caráter explorador do novo sistema capitalista. Em suma, de acordo com Mondaini (2006), o Cartismo tem suas origens na redação da Carta do Povo que era um documento que expressava a decepção dos artesãos radicais com os liberais que não haviam permitido a inclusão do direito de voto aos trabalhadores, limitando seus direitos políticos. A Carta acabou se constituindo em um instrumento político decisivo para a futura democratização do poder político na Inglaterra.

O capitalismo estava criando novas grandes desigualdades econômicas e sociais. Com isso, o socialismo reivindicava uma série de direitos novos e diversos daqueles da tradição liberal. Segundo Tosi (2005), em relação aos direitos do homem, o movimento socialista dividiu-se em duas principais correntes: uma corrente doutrinária que, a partir da crítica de Marx aos direitos humanos enquanto direitos burgueses, vai levar a privilegiar os direitos econômicos e sociais em detrimento dos direitos civis e políticos. A outra corrente doutrinária é o socialismo reformista, ou social-democrático, que procurará conciliar direitos de liberdade com os direitos de igualdade mantendo-se no marco do sistema capitalista e do estado liberal de direito, enfatizando a sua dimensão democrática.

Foi o pensador alemão Karl Marx o grande responsável pelo desenvolvimento da crítica à natureza injusta do sistema capitalista, tendo sido ele também, por meio de suas teorias, o pensador que mais influenciou os movimentos de orientação socialista no decorrer dos séculos XIX e XX. O ideal revolucionário marxista orientou as vanguardas socialistas com a utopia de uma nova sociedade sem exploradores nem explorados, sem opressores nem oprimidos, uma sociedade que não fosse dividida em classes e muito menos fundada na exploração da força de trabalho.

Há neste contexto uma passagem da bandeira dos direitos humanos para a classe trabalhadora, uma vez que, nos primórdios a classe revolucionária era a classe burguesa que agora já não se encontra mais na sua condição de subalternidade e sim na de detentora dos meios de produção e classe dominante. Assim, cabia à classe trabalhadora unida reivindicar a defesa de seus direitos e melhores condições, estando esta sob uma sociedade capitalista desigual, excludente e contraditória.

3. DIREITOS HUMANOS E A QUESTÃO JUDAICA

No ensaio *A Questão Judaica* (1844), Karl Marx inicia a sua obra fazendo uma indagação: “Os judeus alemães aspiram emancipar-se. A que emancipação aspiram?”. É deste modo que Marx começa a sua crítica aos estudos de Bruno Bauer acerca da emancipação civil e política dos Judeus na Prússia. Para Bauer na Alemanha ninguém se encontrava politicamente emancipado. Os judeus deveriam trabalhar juntos para a emancipação política e como homens pela emancipação humana, e não apenas pela emancipação da religião judaica. Ao lutar apenas pela emancipação política, sendo guiados pelo interesse econômico e pela conquista de privilégios, os judeus estariam se igualando aos cristãos, pois, acrescenta Bauer, “enquanto o Estado permanecer cristão e o judeu, judeu, ambos serão incapazes na mesma proporção de outorgar e receber à emancipação”.

Segundo Marx (2010, p. 34),

> “Bauer coloca, em termos novos, o problema da emancipação dos judeus, depois de nos brindar com a crítica das formulações e soluções anteriores do problema. Isto é, pergunta-se, a natureza do judeu a quem se trata de emancipar e a do Estado, que há de emancipá-lo? Contesta com uma crítica da religião hebraica, analisa a antítese religiosa entre o judaísmo e o cristianismo e esclarece a essência do Estado cristão.”

A partir dessa afirmação sobre o pensamento de Bauer, Marx questiona a sua resposta sobre a questão judaica. Para ele as religiões judaicas e católicas são uma antítese que só poderia ser solucionada com a supressão da religião, religião que significa resultado das ações do espírito humano. Com isso, ultrapassando a religiosidade, a humanidade recorreria à ciência para a solução das antíteses presentes na sociedade. A emancipação da religião tornar-se-ia a condição para que houvesse a emancipação tanto do judeu, no âmbito político, quanto do Estado que o emancipa, e simultaneamente deve ser emancipado.

Para Karl Marx, a crítica de Bauer é composta por contradições, pois as condições que fundamentam seu pensamento não conseguem adentrar na essência da emancipação política. Marx acrescenta ainda que o equívoco central da crítica de Bauer se dá pelo fato do mesmo não investigar a relação entre emancipação política e emancipação humana. Mesmo havendo a emancipação política a religião continuará a existir. Para isso Marx usa o exemplo dos Estados Unidos da América, onde o Estado existe separado da religião, mas o povo permanece com as suas fervorosas crenças religiosas. Com esse fato conclui-se que a existência da religião não se opõe à efetividade do Estado. Prossegue Marx (1844, p. 38: “A emancipação política da religião não é a emancipação da religião de modo radical e isento de contradições, porque a emancipação política não é o modo radical e isento de contradições da emancipação humana.”. O mesmo ocorre com a propriedade privada.

Acrescenta Marco Mondaini (2013, p. 28):

> O problema da democracia conquistada por meio de emancipação política estaria no fato de manter o homem como um ser alienado já que a emancipação do Estado político em relação à religião ou à propriedade não acarreta a emancipação do homem real em relação a estas duas, que são mantidas em pé no interior da sociedade civil burguesa.

Marx dá prosseguimento ao seu pensamento colocando que a contradição entre o homem religioso e o homem político é a mesma existente entre o membro da burguesia e a sua aparência política, entre o *bourgueois* e o *citoyen*.

Adentrando em sua crítica aos direitos humanos Marx se pergunta se é possível que o homem, mesmo judeu, emancipado politicamente, tenha acesso aos direitos humanos. Bauer negará essa possibilidade, pois, por viver eternamente isolado dos outros cidadãos o judeu seria, provavelmente, incapaz de ter e conceder aos outros cidadãos direitos gerais do homem. Os direitos humanos seriam resultado da cultura, só podendo possuí-los aqueles que soubessem adquiri-los e merecê-los. Do mesmo modo, o cristão não poderia conceber nenhuma espécie de direitos humanos. Esses direitos seriam constituídos como direitos políticos inseridos na categoria de liberdade política, na categoria dos direitos civis, os quais só poderiam ser exercidos em comunhão com outros homens, não indicando necessariamente o fim da religião e consequentemente do judaísmo.

Portanto, Marx conclui que os direitos do homem limitam-se aos direitos civis, o que ocorre pelo fato dos homens e os direitos humanos só serem considerados como tais por se constituírem e estarem inseridos na sociedade burguesa. Marx ao discorrer sobre a liberdade observa a contradição inerente à liberdade e à propriedade privada, na qual a liberdade existe até o ponto em que não interfere na liberdade de outros cidadãos. O grande paradoxo se encontra no fato do direito do homem à liberdade não se basear na união do homem com o homem, ao contrário, tal direito à liberdade segrega as relações sociais a partir do momento que a propriedade privada é instaurada, pois separa o homem em relação ao seu semelhante. O direito da propriedade privada seria, portanto, o direito do interesse pessoal. O que acontece também com o direito à segurança, que nada mais seria do que o direito da preservação da propriedade, da preservação do egoísmo burguês.

Segundo Mondaini (2013, p. 28):

> Por um lado os direitos do homem burguês [...], egoísta, os direitos do interesse pessoal, os direitos do homem separado do homem e da comunidade, enfim, os direitos do membro da sociedade civil burguesa, e, por outro lado, os direitos do membro da comunidade política, a aparência política da sociedade civil burguesa, que, como tal, se submete à essência

> social burguesa. [...] A revolução política levada a cabo pelos direitos humanos realiza a dissolução da vida burguesa sem criticá-la radicalmente, isto é, sem questionar o fato de que o cidadão na democracia política é apenas uma abstração submissa ao burguês, um ser alienado, não um ser genérico real, que não consegue ter consciência do fato de que o cidadão abstrato é a forma que mantém velado o homem egoísta.

Desse modo, em um momento histórico em que se observava a efervescência política de uma sociedade, em que começava a haver certa liberdade para o povo através da criação de uma nova consciência política, tornava-se estranho a Marx o fato desse mesmo povo afirmar e consolidar a legitimidade do homem egoísta, apartado dos seus semelhantes e da comunidade. E ainda mais estranho que os próprios emancipadores políticos rebaixassem a cidadania e a comunidade política como meio de conservação dos chamados direitos humanos, em que o *citoyen* era declaradamente servo do homem egoísta, do *bourgueois* e só se constituía como homem verdadeiro o homem burguês. Fato que só demonstrava que a prática revolucionária estava em contradição gritante com a teoria.

Nas palavras de Marx (2010, p. 51):

> “Assim sendo, se nos empenhamos em considerar esta prática revolucionária como o estabelecimento seguro da relação, resta saber por que se invertem os termos da relação na consciência dos emancipadores políticos, apresentando-se o fim como meio e o meio como fim.”

Com a queda do regime feudal, o indivíduo tornou-se livre na aparência do Estado feudal. Os assuntos políticos passaram a ser incorporados individualmente. A sociedade feudal foi dissolvida no homem egoísta e o mesmo passou a ser o pressuposto do Estado político, reconhecido como tal nos direitos do homem. Portanto, o homem não foi libertado da religião e sim, recebeu a liberdade de culto religioso, assim como também não foi libertado da propriedade, mas sim recebeu a liberdade de conservar e obter propriedade.

O homem do modo que aparece na sociedade civil, o homem egoísta, é definido como o homem natural, e os direitos humanos expressam o direito dos interesses privados, do interesse político burguês. Dentro desta conjuntura, os direitos humanos seriam o instrumento da emancipação política, e a emancipação humana só seria possível quando o homem retomasse em si o cidadão genérico, real, transformando as forças individuais em forças sociais, coletivas e inseparáveis da força política.

3.1. A CRÍTICA DE MARX AOS DIREITOS HUMANOS

Como foi observado, o contexto social em que Karl Marx teceu sua crítica aos direitos humanos demonstrava um período em que predominava a mentalidade iluminista, marcado de acordo com a trajetória traçada pela Revolução Industrial, pela superação do feudalismo - dando lugar ao modo de produção capitalista -, e pelas lutas sociais que refletiam a consolidação da burguesia e a extrema marginalização e carência das camadas populares na Europa.

Na perspectiva de José Damião de Lima Trindade, em *Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels – emancipação política e emancipação humana* (2011), Marx ainda jovem, tendo como pressuposto a sua formação jurídica, propôs-se fazer um "balanço crítico dos direitos humanos, da sua universalidade e do seu reputado progressismo [...], Enquanto o pensamento tradicional situava o problema do direito no direito, Marx, brilhantemente, fura tal cerco reducionista e inscreve o direito na totalidade, nas estruturas históricas do capitalismo."

Em sua adolescência, especialmente em 1830, Marx vivenciou mais uma revolução na França. Revolução esta que trouxe como legado o questionamento dos pensadores políticos da época sobre a concepção de direitos naturais e direitos humanos, tão aclamados pelos iluministas no século XVIII. A partir do iluminismo, a compreensão de direito natural era fundamentada na ideia da existência de uma natureza humana invariável, que ultrapassava a concepção religiosa de direito divino e se manifestava em cada indivíduo, através de uma razão universal, conforme o jusnaturalismo[3] de Immanuel Kant.

No fim do mês de agosto, de 1789, foi proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[4] que trouxe como principais ideais: os direitos de liberdade individual (de ir e vir, de contratar, de pensar e de proferir religião); igualdade de todos perante a lei (fim dos privilégios); reconhecimento de delitos só quando definidos por lei anterior; acusação ou prisão só em virtude da lei; presunção de inocência aos acusados; soberania da nação (não do povo, diga-se de passagem); separação dos poderes; direito de

[3]Antes dos direitos humanos modernos, durante a Antiguidade e a Idade Média, havia uma longa tradição do direito natural (jusnaturalismo), que dominou a história do conceito desde Aristóteles até o final do século XIX/XV. Entre as características do jusnaturalismo antigo está a objetividade do direito, entendida como conformidade a uma ordem natural que o homem não constrói, mas socialmente descobre e à qual o homem tem que se adequar. Nesta perspectiva, o mundo humano é pensado em estrita analogia com o mundo cósmico; o que comporta uma visão naturalista da política, ou seja, uma concepção da sociedade fundada sobre uma ordem hierárquica e imutável análoga à ordem que rege a natureza física (TOSI, p.100, 2005).

[4] A Declaração dos direitos do homem e do cidadão da Revolução Francesa de 1789 foi considerada o "atestado de óbito" do Ancien Régime e abriu caminho para a proclamação da República. (TRINDADE J. D. 1998: 23-163; COMPARATO 1999).

fiscalização sobre arrecadação e os gastos públicos; e previsão de uma força pública para garantir os direitos do homem e do cidadão. Os “direitos naturais e imprescindíveis do homem” são mencionados no artigo 2º da *Declaração*, quais eram: liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão. Sendo o direito à propriedade considerado como “sagrado e inviolável”. (TRINDADE, 2011, p. 43)

Para Marx, o direito não vem da “natureza humana”, não é o direito natural, o qual “regula” as relações sociais e a relação entre indivíduo e Estado. Pelo contrário, o direito emana da sociedade como está estruturada no modo de produção capitalista. Deste modo os direitos humanos em sua forma clássica que foi consolidada a partir da Revolução Francesa (direitos civis e políticos) corresponderiam as necessidades gritantes do modo de produção que se consolidava, como um meio de controle social em resposta às reivindicações constantes da classe trabalhadora.

> Marx não sustentou uma postura meramente abstrato-estática (metafísica) “contra” os direitos humanos desfraldados pela burguesia. Era bem mais que isso: desvelou seu caráter de classe, sua redução ao homem burguês, sua adequação à conservação dos interesses da nova classe dominante – portanto, sua insuficiência e sua impropriedade para abrir a passagem à emancipação humana integral e universal (o comunismo). A ultrapassagem histórica do direito (logo, dos direitos humanos) e do Estado, mais do que negação simples, aponta para a superação dialética, tanto da sociedade civil, porque fundada no interesse privado e na desigualdade real, quanto do Estado, seu correlato político/público eletronizador de uma igualdade meramente imaginária. (TRINDADE, 2011, p. 297).

Para José Damião de Lima Trindade, filosoficamente, existe uma contradição insolúvel entre marxismo e direitos humanos, contradição que aparta em dois lados distintos: a visão de mundo e a perspectiva histórica dos direitos humanos; e a perspectiva histórica do marxismo. Portanto, não existe a possibilidade de conceber um indivíduo oprimido, alienado, isento de liberdade, completamente dominado pelas “amarras” do sistema capitalista, um ser em autoconstrução contínua, e, por outro lado, conceber o homem como um ser abstrato, possuidor de direitos inerentes à sua existência e independentes da história.

Já na concepção do filósofo húngaro István Mészáros (2008), a primeira objeção de Marx aos direitos humanos diz respeito à contradição entre os direitos do homem e a realidade da sociedade burguesa.

> Não há, portanto, uma oposição apriorística entre marxismo e os direitos humanos: pelo contrário, Marx na verdade nunca deixou de defender “o desenvolvimento livre das individualidades”, em uma sociedade de indivíduos associados e não antagonicamente opostos (condição necessária para a existência tanto da “liberdade” quanto da “fraternidade”),

> antecipando simultaneamente “o desenvolvimento artístico, científico e etc. de indivíduos emancipados e com meios criados para todos eles” (condição necessária de igualdade verdadeira). O objeto da crítica de Marx não consiste nos direitos humanos enquanto tais, mas no uso dos supostos “direitos do homem” como racionalizações pré-fabricadas das estruturas predominantes de desigualdade e dominação. Ele insiste que os valores de qualquer sistema determinado de direitos devam ser avaliados em termos das determinações concretas a que estão sujeitos os indivíduos da sociedade em causa; de outra forma esses direitos se transformam em estelos da parcialidade e da exploração, às quais se supõe em princípio, que se oponham em nome do interesse de todos. (MÉSZÁROS, István, 2008, p. 207)

É inegável que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão trouxe avanços, principalmente no âmbito jurídico, porém a sua efetivação para toda população permaneceu apenas no âmbito formal. Nas palavras de Tosi[5], os direitos da tradição liberal têm seu núcleo central nos “direitos de liberdade”, que são essencialmente os direitos do indivíduo (burguês) à liberdade, à propriedade, à segurança. O papel do Estado limita-se como garantidor dos direitos individuais através da lei sem intervir ativamente na sua efetivação. Por isto, estes direitos são chamados de *liberdade negativa*, porque tem como objetivo a *não intervenção* do Estado na esfera dos direitos individuais.

Os direitos humanos constituídos na sociedade burguesa, na concepção de Marx são deslegitimados, não pela sua existência em si, e sim, pelo contexto histórico-social em que são originados, sendo vistos como uma utopia, o que demonstra a impossibilidade da efetivação desses direitos em uma sociedade movida pela competição e pelo interesse próprio, onde cada vez mais a riqueza se concentra nas mãos de poucos e a burguesia permanece indiferente à miséria do proletariado.

Para Marx, a abstração presente na concepção burguesa de direitos humanos se apresenta como uma contradição insolúvel e inerente à própria estrutura social capitalista, pois os “direitos do homem” estariam diretamente ligados aos direitos de posse exclusiva e da alienação do proletariado, o que viria a invalidar a prática dos mesmos direitos dentro da sociedade de classes. De acordo com Marx, a solução para essa contradição só se daria de fato a partir de transformações no terreno da prática social e consequentemente com a extinção da propriedade privada.

Mészáros (2008) ressalta que, de acordo com Marx, o proletariado estaria preparado para a “emancipação universal”. A liberdade seria a condição para a emancipação de todos os indivíduos das forças e determinações esmagadoras a que estão sujeitos, sendo

[5] Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/historia_atualidad.htm>. Acesso em: 20 de fev. 2014.

necessário que a classe trabalhadora una suas forças para se emancipar da classe exploradora: a burguesia. Mas, além disso, lutar pela emancipação do jugo da sua própria classe, dando fim à divisão social do trabalho.

> "A verdadeira questão em pauta é a liberdade pessoal, no sentido mais amplo do termo. Implica necessariamente a abolição da divisão do trabalho, uma vez que esta contradiz diretamente as condições de auto-realização dos indivíduos como indivíduos. [...] Marx enfatiza que, enquanto os indivíduos estiverem subsumidos a uma classe, eles não possuem uma individualidade verdadeira. Eles só podem se afirmar como "indivíduos médios". Mas não como indivíduos únicos que realizam por completo suas potencialidades. Por isso, na concepção de Marx, a realização da verdadeira individualidade implica, necessariamente, não apenas a abolição da divisão do trabalho, mas simultaneamente, também a abolição do estado, que só consegue lidar com indivíduos médios, e que, desta maneira, mesmo em sua forma mais esclarecida possível os confina à condição de individualidade abstrata." (MÉSZÁROS, István, 2008, pag. 2016)

Na ideia de Karl Marx, através da vida em comunidade, os indivíduos poderiam exercer de forma livre as suas potencialidades. Apenas vivendo em comunidade com outros indivíduos seria possível a existência da verdadeira liberdade. Marx ressalta que enquanto os indivíduos estiverem submissos a uma classe social, eles não terão uma individualidade verdadeira. Portanto, na percepção de Marx, a verdadeira emancipação humana só ocorrerá com o fim da sociedade de classes e com a abolição do Estado. Deste modo, serão consideradas todas as possibilidades de liberdade do indivíduo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sua crítica, Marx faz uma redução dos direitos humanos a direitos burgueses, uma adequação à conservação dos interesses dessa nova classe dominante, dificultando a passagem para a emancipação humana integral e universal (comunismo). Segundo ele, não há condições possíveis entre a perspectiva de transformação social em direção a uma sociedade sem classes e, ao mesmo tempo, contemporizar com a apropriação privada capitalista dos meios sociais de produção. Para o filósofo, uma conquista social seria a passagem da reivindicação individual para um combate de classe, uma organização coletiva, sendo a classe trabalhadora unida um agente de revolução.

Na perspectiva de Marx, a concepção de direitos humanos como uma unidade universal, indivisível, interdependente e inter-relacionada, representa algo que seria inconcebível para a burguesia oitocentista. Os direitos humanos seriam uma espécie de amortecedor entre as reivindicações trabalhistas e os detentores dos meios de produção (burgueses), encobrindo a opressão sofrida pelo proletariado.

As críticas de Marx foram seguidas e repetidas por grande parte da tradição marxista. Essa incorporação, muitas vezes sem questionamentos, acabou criando certo distanciamento com as “doutrinas” dos direitos humanos. De acordo com Tosi (2005), esse distanciamento dos marxistas e dos movimentos sociais que nele se inspiravam durou mais de um século, até a queda do comunismo na União Soviética e nos países socialistas a ela aliados.

Mesmo com todas as críticas e posicionamentos radicais de Marx, nos séculos XIX e XX, a classe trabalhadora protagonizou um movimento histórico que exigia a ampliação e universalização dos direitos, até então “burgueses”, através da luta pela ampliação da cidadania, isto é, pela ampliação dos direitos civis e políticos ao conjunto dos cidadãos. Ainda em Tosi, percebe-se que essas lutas foram travadas pelos excluídos do sistema capitalista durante todo o século XIX e parte do século XX e foi inspirada pelas doutrinas socialistas reformistas que aceitaram os princípios do Estado de Direito.

Dessa forma, utilizando as palavras de Mondaini (2011), não há como desvincular a conquista dos direitos civis, nos séculos XVII e XVIII, da luta de classes entre nobreza e burguesia e dos conflitos religiosos entre católicos e protestantes, assim como é indissociável a relação entre o reconhecimento dos direitos políticos e sociais, nos séculos XIX e XX, das lutas empreendidas pela classe trabalhadora contra a burguesia.

Segundo Tosi (2005), os direitos humanos estão inseridos num debate ético, em torno dos valores, e num debate político sobre a sua efetivação. Sendo assim, uma educação em cidadania é fundamental para a efetivação dos direitos no intuito de promover uma formação ético-política.

Com isso, conclui-se que transpor a concepção de direitos humanos e marxismo para a contemporaneidade não é uma tarefa fácil, porém direitos humanos e marxismo não são de toda forma excludentes, pois os tempos são outros e aos direitos humanos foram integrados os direitos sociais e os direitos dos povos e da humanidade, agregando novas demandas sociais, sendo imprescindível a defesa de tais direitos. Mesmo que seja compromisso do Estado a implementação de políticas que garantam a efetiva realização dos direitos para todos, a sociedade civil organizada também tem um papel importante na luta pela efetivação dos mesmos, através dos movimentos sociais, sindicatos, associações, centros de defesa e de educação, e conselhos de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DUARTE, M. D. Notas para uma crítica marxista aos direitos humanos. Disponível em: <http://marxemmaio.files.wordpress.com/2012/06/manueldiasduarte_marxemmaio.pdf> Acesso em 04 de fev. de 2014.

MARX, K. *Para a Questão Judaica*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.

MÉSZÁROS, István. *Filosofia, ideologia e ciência social*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

MONDAINI, M. *Direitos humanos*. São Paulo: Contexto, 2006.

_____. *Direitos humanos*. São Paulo: Contexto/UNESCO, 2008.

_____.*Direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Contexto/UNESCO, 2009.

_____. *Democracia e Direitos Humanos sob fogo cruzado*. Recife: Ed.Universitária da UFPE, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. et al. A proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In:

LIMA JR., J. B. Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Recife: PIDHDD, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n39/a07n39.pdf >. Acesso em: 03 de fev. 2014

SANTOS, Silvana Mara de Morais dos. *Há necessidade dos direitos humanos para a formação de uma cultura política emancipatória?* In: Temporalis, n°5, Ano. 3, p. 23-39, (jan/jun). Brasília: ABEPSS, 2002.

TOSI, Giuseppe. Direitos humanos: Reflexões iniciais. In: _____. (Org.). *Direitos Humanos: história, teoria e prática*. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2005. p. 19-44.

_____. História conceitual dos direitos humanos. In. TOSI, G. (Org.). *Direitos Humanos: história, teoria e prática*. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2005. p. 99 – 126.

_____. História e atualidade dos direitos humanos. DH Net. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/historia_atualidad.htm>. Acesso em: 20 de fev. 2014.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.

_____. *Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels*. São Paulo: Ed. Alfa-Omega, 2011.

WOLKEMER, A. C. Marx, a questão judaica e os direitos humanos. Disponível em: < http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1250-1264-1-PB.pdf> Acesso em: 04 de fev. de 2014.